Inwieweit sind die Gerichte befugt, Maßnahmen des Reichspräsidenten auf Grund des Art. 48 der Reichsverfassung, insbesondere Verordnungen nachzuprüfen?

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Hermann Suckow

Breslau 1928

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. H. Eschenhagen, Kdt.-Ges., Ohlau in Schlesien

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Prof. Dr. Heilborn

Meiner Mutter!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Adamovich: Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof. Kelsens Wiener staatswissenschaftl. Studien. Leipzig und Wien 1924. NF. 5.

Anschütz: Die Verfassung des deutschen Reichs. Kommentar. Berlin 1926.

Arndt: Die Verfassung des deutschen Reichs. Kommentar. Berlin und Leipzig 1921.

Arndt: Haben die Gerichte die Befugnis, die materielle Giltigkeit der Reichsgesetze zu prüfen? in: „Das Recht" 1925.

Bilfinger: Verfassungsumgehung. Betrachtungen zur Auslegung der Weimarer Verfassung. Arch. öff. R. NF. 11.

Bischof: Verfassung, Gesetz und Verordnung und richterliches Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen. in: Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß NF. 16.

Brecht: Ausnahmerecht. in: v. Brauchitsch-Drews-Lassar, die Preußischen Verwaltungsgesetze, Bd. II, Berlin 1925.

Bühler: Die Reichsverfassung. Leipzig und Berlin 1922.

Bühler: Sind die ordentlichen Gerichte verpflichtet, verfassungswidrige Gesetze anzuwenden? in: DJZ. 1921.

Dettmann: Darf die Reichsverfassung durch Maßnahmen auf Grund des Art. 48 Abs. 2 durchbrochen werden? Diss. Breslau 1927.

Drews-Lassar: Allgemeines Polizeirecht. in: v. Brauchitsch-Drews-Lassar, Verwaltungsgesetze für Preußen, Bd. II, Berlin 1928.

Elze: Deutsches Staatsausnahmerecht nach Artikel 48 der Reichsverfassung. Masch.Schr.Diss. Halle 1923. Ausz. 1924.

Fleischmann: Belagerungszustand. in: v. Stengel-Fleischmanns Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. 2. Aufl. Tübingen 1909.

Fries: Die richterliche Nachprüfung staatlicher Verordnungen auf ihre Rechtmäßigkeit nach deutschem Reichs- und Landesrecht. Diss. Erlangen 1927.

v. Freytagh-Loringhoven: Die Weimarer Verfassung in Lehre und Wirklichkeit. München 1924.

Giese: Verfassung des deutschen Reiches. 5. Aufl. u. 6. Aufl. (1925.)

Goerres: Besteht ein richterliches Prüfungsrecht gegenüber Rechtsquellen nach der Reichsverfassung? in JW. 1924.

Goldschmidt: Verfassung und Verfahren der außerordentlichen Kriegsgerichte. Berlin 1915.

Goslich: Art. 48 Abs.2 der RV. und richterliches Prüfungsrecht. in: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1925.

Grau: Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten und der Landesregierungen. Berlin 1922.

Grau: Wie ist das in Art. 48 Abs. 5 der RV. vorgesehene Reichsgesetz über den Ausnahmezustand zu gestalten? in JW. 1924.

Grau: Zum Gesetzentwurf über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen und Reichsverordnungen. in: Arch. öff. R. 50 NF. 11 1926.

Haenel: Deutsches Staatsrecht, Leipzig 1892, Bd. I.

Haenel: Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne. Leipzig 1888. in: Haenel, Studien zum Deutschen Staatsrechte, 2 Bde., Leipzig 1873/1888, Bd. II.

Haentzschel: Ueber Grundlagen und Grenzen des heutigen Ausnahmerechts. in: DJZ. 1924.

Häntzschel: Die Verfassungsschranken der Diktaturgewalt. in: Zeitschrift für öffentliches Recht Bd. 5, 1926.

Haldy: Der Belagerungszustand in Preußen. Tübingen 1906.

Hatschek: Deutsches und preußisches Staatsrecht. Bd. I und II. Berlin 1922 und 1923.

Hatschek: Institutionen des Deutschen Staatsrechts. Bd. I: Das Reichsstaatsrecht, Berlin 1923. Bd. II: Das preußische Verfassungsrecht, Berlin 1924.

Hatschek: Institutionen des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. Leipzig und Erlangen 1919, dasselbe als Lehrbuch Leipzig und Erlangen 1924.

Hecking: Untersuchungen über die Zuständigkeit des Richters zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen nach der Verfassung des Deutschen Reichs v. 11. 8. 1919. Diss. Köln 1927.

Heinitz: Der 33. deutsche Juristentag in Heidelberg. in: JW. 1924.

Holstein: Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft in Arch. öff. R. Bd. 50/ NF. 11 1926.

Hubrich: Das demokratische Verfassungsrecht des Deutschen Reiches. Greifswald 1921.

Jacobi: Die Diktatur des Reispräsidenten in: Veröffentlichungen der Vereingiung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft I, Berlin und Leipzig 1924.

Jellinek, G.: Allgemeine Staatslehre. Berlin 1914.
Jellinek, G.: Gesetz und Verordnung. Freiburg 1887.
Jellinek, W.: Verfassungswidrige Reichsgesetze. in DJZ. 1921.
Jellinek, W.: Staatskunde Bd. II, Heft II. in: Teubners Handbuch der Staats- und Wirtschaftskunde, Abtl. I, Leipzig und Berlin 1926.
Jeschke: Das Prüfungsrecht gegenüber verfassungswidrigen Reichsgesetzen. in: JW. 1922.
Külz: Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts. in: DJZ., 1926.
Laband: Das Staatsrecht des deutschen Reiches. Bd. I und II, Tübingen 1911. 5. Aufl. Bd. 4, 1914.
Lang: Das richterliche Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen. Diss. Würzburg 1926.
Leibholz: Die Gleichheit vor dem Gesetz. in: öffentl.-rechtliche Abhandlungen, 1925. Heft 6.
Meyer-Anschütz: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. München-Leipzig 1914—1919.
Meyer, Manfred: Das Prüfungsrecht des Richters bei Gesetzen im Freistaate Preußen. Masch.Schr.Diss. Königsberg 1924. Diss. Auszug Berlin 1924.
v. Mohl: Das deutsche Reichsstaatsrecht. Tübingen 1873.
v. Mohl: Ueber die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze nach belgischem Staatsrechte. in: Kritische Zeitschrift für Staatswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes 1852 Bd. 24.
Nawiasky: Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts. in: DJZ. 1923.
Nawiasky: Die Auslegung des Art. 48 RV. Arch. öff. R. NF. 9.
Neuwiem: In: Juristische Wochenschrift 1925. S. 848.
Nützenadel: Der heutige Stand der Frage der Ueberprüfbarkeit von Gesetzesbeschlüssen des Reichstages auf ihre Verfassungsmäßigkeit. Diss. Auszug 1925. in: Jenaer jur. Doktorarbeiten 1924 bis 1926.
Pfaff u. Hofmann: Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche. Wien 1877.
Poetzsch: Handbuch der Reichsverfassung, Berlin 1920.
Poetzsch: Vom Staatsleben unter der Weimarer Verfassung. in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Tübingen 1925, Bd. 13.
Poetzsch-Heffter: Handkommentar der RV. Berlin 1928.

Preuß: Reichsverfassungsmäßige Diktatur. in: Zeitschrift für Politik 1923, Heft 13.
Pürschel: Das Gesetz über den Belagerungszustand, Berlin 1916.
v. Rönne: Staatsrecht des deutschen Reiches, 1876.
Salinger: Das richterliche Prüfungsrecht hinsichtlich der Gültigkeit von Verordnungen. in: Recht 1924.
Schack: Die Prüfung der Rechtsmäßigkeit von Gesetz und Verordnung unter besonderer Berücksichtigung Preußens und des deutschen Reiches, Berlin 1918.
Schack: Die Frage der richterlichen Prüfung von Gesetz und Verordnung während der Umwälzung im Reich bis zur Nationalversammlung und im zukünftigen Verfassungsrecht. in: Hirths Annalen des deutschen Reichs, 1919/20.
Schack: Zur richterlichen Prüfung der Rechtmäßigkeit der Gesetze und Verordnungen im neuen Reichs- und preußischen Recht. in: Arch.öff.R., Bd. 41, NF. 2, 1921.
Schack: Haben die Gerichte die Richtigkeit der Publikation von Gesetzen zu prüfen? in: JW. 1922.
Schack: Sind die Gerichte verpflichtet, verfassungswidrige Gesetze anzuwenden? in: Gruchots Beitr. 66 (1922).
Schmidt, Richard: Einführung in die Rechtswissenschaft, Leipzig, 1923.
Schmitt, Carl: Die Diktatur des Reichspräsidenten. in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft I, Berlin und Leipzig, 1924.
Schmitt-Dorotić: Die Diktatur. München und Leipzig, 1921.
Schoen: Die formellen Gesetze. in: Handbuch der Politik, Bd. I, 1920.
Schwalb: Grenzen der außerordentlichen Befugnisse des Reichspräsidenten. in: DJZ. 1924.
Stier-Somlo: Deutsches Reichs- und Landesstaaatsrecht. Berlin und Leipzig 1924, Bd. I und II.
Stier-Somlo: Die verfassungsmäßigen Rechte des preußischen Staatsrats und die Folgen ihrer Nichtbeachtung. in: Arch. öff. R. Bd. 42 NF. 3, 1924.
Stier-Somlo: Die zweite Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer. Arch.öff.R. N.F. 7.
Thoma: Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts. in: DJZ. 1922.
Thoma: Die Regelung der Diktaturgewalt. in: DJZ., 1924.
Thoma: Das richterliche Prüfungsrecht. Arch.öff.R. N.F. 4.
Triepel: Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern. in: Festgabe für Kahl. Tübingen 1923.

Triepel: Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung. in: Arch.öff.R. Bd. 39.

Wittmayer: Die Weimarer Reichsverfassung, Tübingen 1922.

Wolgast: Das richterliche Prüfungsrecht in Norwegen. in: DJZ. 1922.

Zachariae, H. A.: Deutsches Staats- und Bundesrecht. Göttingen, 1854.

Aktenstücke zu den Verhandlungen des Reichstags, Berlin, 1920/21.

Bericht und Protokolle des 8. Ausschusses über den Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reiches, Berlin 1920.

Stenographische Berichte der verfassunggebenden Nationalversammlung.

Verhandlungen der verfassunggebenden deutschen Nationalversammlung (Anlagen zu den Stenographischen Berichten).

Vossische Zeitung v. 29. Juni 1926 und 2. Juli 1926.

Ferner Verfassungs- und Gesetzestexte, das Reichsgesetzblatt, die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, die Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, die Spruchbeilagen der deutschen Juristenzeitung, der juristischen Wochenschrift, der juristischen Rundschau; die Entscheidungen des Reichsfinanzhofs, des Bayrischen Obersten Landesgerichts, die Entscheidungen des Kammergerichts im Jahrbuch des Kammergerichts.

Behandlung der Aufgabe.

Die vorliegende Arbeit behandelt ein Sondergebiet der in der Literatur vielfach bearbeiteten und heftig umstrittenen Frage des richterlichen Prüfungsrechts. Da im Deutschen Reich weder in der Verfassung selbst noch durch Gesetz die Befugnis der Gerichte, Gesetze oder Verordnungen zu prüfen, geregelt ist, muß zur Begründung eines solchen Rechts ebenso wie zur Verneinung auf allgemeine staatsrechtliche Grundsätze zurückgegriffen werden. Diese Notwendigkeit wird nicht nur allgemein in der Literatur betont, sondern auch von den höchstinstanzlichen Gerichten. Auf zwei Grundsätzen baut sich das richterliche Prüfungsrecht auf: auf dem der sogen. Teilung der Gewalten und auf dem der Unabhängigkeit der Richter. Während der erste eine ausdrückliche Regelung in der RV. nicht erfahren hat, ist der zweite in Art. 102 RV. verankert. Die Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit für ein Prüfungsrecht ist allerdings sehr bestritten. Es wird sich daher die Untersuchung zunächst auf diese beiden Punkte erstrecken. Sodann ist von Objekt und Subjekt richterlicher Nachprüfung zu handeln: den Gerichten und den Maßnahmen und Verordnungen des Reichspräsidenten auf Grund des Art. 48 RV. Hierbei wird sich besonders die Bedeutung der rechtlichen Natur der Maßnahmen und Verordnungen des RP. für die Einstellung zu der Frage einer richterlichen Nachprüfung zeigen; insbesondere, daß sich eine eingehende Darlegung nur auf das Prüfungsrecht von Verordnungen und Ausnahmeverordnungen zu erstrecken hat, die ihrerseits, aus dem Wesen der verfassungsmäßigen Diktatur heraus erklärbar, eine besondere Art von Aeußerungen staatlicher Willensbildung darstellen. Es zeigt sich, will man selbständig zu einer Lösung der vorliegenden Aufgabe gelangen, daß das Hauptgewicht der Darlegungen auf die Entscheidung der grundlegenden Vorfragen fallen muß. Das Problem löst sich aus den getroffenen Feststellungen. An Hand besonderer Fälle richterlicher Nachprüfung von Maßnahmen und Verordnungen des RP. auf Grund des Art. 48 RV. werden die gewonnenen Ergebnisse auf ihre Brauchbarkeit untersucht. Mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit reichsgesetzlicher Regelung und unter Heranziehung gesetzespolitischer Erwägungen findet die Arbeit ihren Abschluß.

A. Allgemeiner Teil.

a) Die staatsrechtliche Natur des Deutschen Reiches und ihr Einfluß auf das richterliche Prüfungsrecht.

1. Das alte und das neue Deutsche Reich.

Die Staatsidee des neuen Deutschen Reiches gegenüber der des Kaiserreichs ist grundsätzlich dieselbe geblieben; das erhellt schon aus dem Vorspruch der RV.: „Das deutsche Volk, von dem Willen beseelt, sein Reich zu erneuen und zu festigen, hat sich diese Verfassung gegeben". Es stehen das alte und das neue Reich daher auch nicht im Verhältnis der Rechtsnachfolge zueinander, sondern in dem der Identität.[1] Auch das alte Reich war ein Rechtsstaat, kein Polizeistaat. Wohl aber hat sich in der Staatsorganisation, in der Form mancherlei geändert. So bestehen zwischen dem Recht der alten Reichsverfassung und dem Ausnahmezustand auf Grund des Art. 48 der neuen RV. erhebliche Unterschiede. Die Wirkungen der durch Art. 48 Abs. 2 und 4 zugelassenen Maßnahmen pflegt man heute als Ausnahmezustand zu bezeichnen. Dies billigt auch Anschütz[2, 3] allerdings unter der Bedingung, „daß man sich einer wichtigen Verschiedenheit zwischen dem alten und dem neuen Recht bewußt bleibt". Anschütz bezeichnet den alten Kriegszustand als ei[n]e „abnorme Rechtslage, die nur durch ausdrückliche Erklärung, ein[en] Formalakt, geschaffen und durch einen entsprechenden actus contrarius beendigt werden konnte, und deren Wirkungen (Uebergang der vollziehenden Gewalt auf die Militärbefehlshaber, Zulässigkeit der Außerkraftsetzung gewisser Grundrechte) infolgedessen nur eintreten konnte, nachdem die Erklärung des Kriegszustandes erfolgt und verkündet war".[4] Ein solcher Ausnahmezustand ist der neuen RV. fremd. Denn die Maßnahmen der RP. auf Grund des Art. 48 ergehen und werden rechtswirksam, ohne daß ein „Ausnahmezustand" vorher erklärt wird. Die Frage, wieweit dies letztere mit dem Gedanken

---

1) Anschütz, Kommentar S. 34; a. M. Stier-Somlo, Staatsrecht I S. 295.
2) Anschütz, Komm. Art. 48 II, Anm. 7.
3) einzelne Arten des Ausnahmezustandes auf Grund der Maßnahmen des RP. vgl. bei Poetzsch in Jahrb. d. öff. Rechts Bd. 13 S. 149 (1925).
4) vgl. Art. 68 aRV. in Verbindung mit dem BZB. von 1851.

des Rechtsstaates vereinbar ist, bleibe dahingestellt.[5] Wenngleich sich die RV. nicht dieses Ausdrucks bedient, so setzt er sich doch, wie oben gesagt, als Bezeichnung für die Wirkungen der Maßnahmen auf Grund des Art. 48, 2 und 4 in Literatur und Praxis heute durch.[6] Ferner hat die neue RV. bezüglich eines solchen „Ausnahmezustandes" dem RP erheblich weiteren Spielraum gewährt als die aRV. dem Kaiser hinsichtlich des Belagerungs- und Kriegszustandes. Es sei hier nur auf die Voraussetzungen und auf die Erweiterung der außerkraftsetzbaren Grundrechte hingewiesen.

Die Streitfrage, ob der Kaiser allein den Kriegszustand zu erklären befugt war oder ob er auch dieses Recht delegieren konnte, hat sowohl weder die aRV. noch für den RP. in Art. 48 die neue Verfassung geklärt. Da dies aber nur für ein richterliches Prüfungsrecht von Maßnahmen und Verordnungen, die ein delegiertes Organ erlassen oder getroffen hat, Bedeutung hätte, würde eine Untersuchung dieser Frage über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen. Tatsächlich aber muß unter den Begriff der Maßnahmen des Art. 48, 2 das Recht zur Erteilung von Untervollmachten fallen, wie es in der Praxis der RP. für sich auch in einer reichen Anzahl von Fällen in Anspruch genommen hat. Inwieweit das Recht zur Verhängerung des Belagerungszustandes als Ausfluß des militärischen Oberbefehls oder als sicherheitspolizeiliche Maßnahme angesehen werden muß, bildete unter der Herrschaft der aRV. eine vielfach behandelte Streitfrage. Sie mag zur Erörterung der rechtlichen Natur des Objekts richterlicher Nachprüfung in unserer Arbeit herangezogen werden.

2. Die Aenderung der Staatsform und richterliches Prüfungsrecht.

Es erhebt sich nunmehr die Frage, wieweit die für und gegen ein richterliches Prüfungsrecht geltend gemachten Gründe von der Staatsform überhaupt abhängig sind. Ein Blick auf die recht umfangreiche Literatur, die sich mit dem richterlichen Prüfungsrecht befaßt, zeigt ein Anschwellen des Interesses an dieser Frage bei jeder Aenderung der Staatsverfassung. Das beweist die Literatur um die Mitte des vorigen Jahrhunderts, das zeigen auch die zahlreichen Veröffentlichungen der neuesten Zeit. Wenn man den Gründen dieser Erscheinungen nachgeht, so findet man bald, daß

5) Daß sich schwerwiegende Bedenken dagegen erheben lassen, haben vor allem Grau und Thoma gezeigt. Vgl. Grau, Diktaturgewalt, S. 19 und Thoma in DJZ. 1924. S. 656/57.

6) vgl. z. B. dazu § 1 der VO. vom 29. III. 1921 RGBl. S. 371.

sie politischer Natur sind. Tatsächlich hat denn auch ein recht großer Teil von Schriftstellern diese Frage politisch behandelt. Solche Gesichtspunkte scheiden bei der vorliegenden Untersuchung aber aus, die sich im übrigen darauf beschränken kann, die Staatsumwälzung im Deutschen Reich und ihren Einfluß auf das richterliche Prüfungsrecht zu behandeln. Zweck dieser Untersuchung ist die Feststellung, inwieweit die in der Literatur vertretenen, d. h. der vor 1918 erschienenen, Gründe für und gegen das richterliche Prüfungsrecht zur Beantwortung dieser Frage heute noch herangezogen werden können. Daß eine Verbindung zwischen Staatsgestaltung und richterlichem Prüfungsrecht in juristisch durchaus erwägbarer Weise besteht, soll nicht bestritten werden. Sie wird besonders dort zur Untersuchung herangezogen werden, wo mangels ausdrücklicher Bestimmungen zur Klärung einer Rechtslage auf den Geist der Verfassung zurückgegriffen werden muß. Diese Richtung verfolgen auch die Motivierungen Bühlers,[1] die darauf hinauslaufen, ein richterliches Prüfungsrecht, weil es eben dem „Geiste der Verfassung" entspreche, zu bejahen, um die Gerichte als Kontrollinstanz gegen Verletzungen der im Rechtsstaate im Mittelpunkt alles Geschehens stehenden Verfassung einzuschalten. Inwieweit endlich Verfassungsgrundsätze, die für die Prüfungsfrage von Bedeutung sind, aus der VU. selbst nicht eindeutig und klar hervorgehen, zeigt die Frage nach der Durchführung der Gewaltenteilungs- und Gewaltenverbindungslehre, sowie diejenige nach der staatsrechtlichen Stellung des Richters auf Grund der Verfassung von Weimar.

Die Rechtsprechung hat gegenüber Gesetzen auch schon früher denselben Standpunkt eingenommen, wie heute, indem sie das Prüfungsrecht großenteils verneinte; dies ist besonders wichtig im Hinblick auf die Judikatur der Stadtstaaten Hamburg und Bremen, die ja schon früher Republiken waren.[2] Hierauf stützt sich auch Jellinek[3], der einen Einfluß der Aenderung der Staatsform auf die Prüfungsfrage mit der Begründung ablehnt, da „die Ablehnung der Prüfung der Reichsgesetze auf Verfassungsmäßigkeit in keinem Zusammenhang mit der Monarchie stünde". Jellinek führt ferner noch die wichtige Tatsache an, daß das Reichsgericht kaiserliche und Bundesratsverordnungen unbedenklich nachgeprüft habe, woraus

---

1) Bühler in DJZ. 1920, S. 580.

2) vgl. RGZ. 9 S. 235; Hanseatisches OLG. in Hans.Ger.Zeitung Beibl. 1894, S. 185; ibd. 1904 S. 48; 1906 S. 86; 1907 S. 75; zit. in DJZ. 1921, 26 S. 754.

3) DJZ. 1921, 754 Nr. 7. Allerdings wird man hierbei die Stellung Jellineks zur Labandschen Ausfertigungstheorie zu bedenken haben.

er den Schluß zieht, „daß Art. 106 PrV., der die Unüberprüfbarkeit königlicher Verordnungen aussprach, nicht auf das Reich abgefärbt habe.“[4] Daß allerdings Untersuchungen, die im absolut-monarchistischen Staatswesen fußen, von vornherein ausscheiden, liegt auf der Hand. Einen dem Jellinekschen Satz, daß die Aenderung der Staatsform ohne Einfluß gegblieben sei, gegenteiligen Standpunkt nimmt von Freytagh-Loringhoven ein, mit der Begründung, daß, da ein Schweigen im kaiserlichen und republikanischen Recht durchaus verschieden gewertet werden könne, die Verneinung des Prüfungsrechts durch die Praxis im Kaiserreich als „ein Ausfluß des starken, vielleicht allzustarken Autoritätsgedankens, der im Kaiserreich lebendig war und eine Nachprüfung der Handlungen der obersten Staatsorgane nicht zuließ“, gewertet werden müsse.[5] Er beruft sich auf das geringere Ansehen der von der Republik eingesetzten Organe und ferner darauf, daß in einer demokratischen Republik der Gedanke der Rechtskontrolle über dem Gedanken der Staatsautorität steht“.[6] Wenn diese Begründungen auch durchaus beachtlich sind, so sind sie doch, will man von dem politischen Gesichtspunkt absehen, im Hinblick auf die RV. zu bestreiten.[7] Die Entscheidung dieser Frage wird davon abhängen, welche Stellung man dem RP. im neuen deutschen Reich zubilligt und welche Bedeutung man seiner Unterzeichnung beimißt. Es ist daher zu sagen, daß *auf die Frage des richterlichen Prüfungsrechts die Aenderung der Saatsform ohne Einfluß geblieben ist*; denn die Staatsidee ist grundsätzlich dieselbe geblieben, zumal das alte deutsche Reich kein Polizeistaat war und auch eine rein juristische Begründung des Prüfungsrechts aus gemeinsamen staatsrechtlichen Gesichtspunkten im alten, wie im neuen Reiche versucht wurde.

b) Die Grundsätze der Gewaltenteilung und der richterlichen Unabhängigkeit als Grundlagen für ein richterliches Prüfungsrecht und das Wesen der Diktaturgewalt.

1. *Die Grundlagen des richterlichen Prüfungsrechts.*

Von jeher ist die Frage des richterlichen Prüfungsrechts, das sich auf Gesetze und Verordnungen erstreckt, in der Literatur heftig

4) a. a. O. 754 Nr. 7.
5) v. Freytagh-Loringhoven, S. 241.
6) a. a. O., S. 242.
7) so die herrschende Ansicht, die, wenigstens in Bezug auf Art. 48 RV. den Standpunkt der Ausschließlichkeit der politischen Kontrolle vertritt. vgl. auch unten „Parlamentarische und richterliche Kontrolle“, S. 30 ff.

umstritten worden. Ein kurzer Ueberblick über das Für und Wider wird von der Notwendigkeit überzeugen, zur Lösung dieser Kontroverse zu allgemeinen staatsrechtlichen Grundsätzen Stellung zu nehmen. Wie Adamovich[1] durchaus mit Recht feststellt, ist die Behandlung der Nachprüfung von Gesetzen und Verordnungen in der Literatur, aber auch in der Rechtsprechung durch zwei Momente gekennzeichnet: Einmal wird fast immer die rein rechtliche Seite der Frage mit der rechtspolitischen vermischt, (Adamovich unterscheidet zwischen verfassungsrechtlicher und verfassungspolitischer Frage), zum anderen ist die Art der Fragestellung, um das Problem zu lösen, meist derart, daß als Prüfungssubjekt die Gerichte durchaus in den Mittelpunkt der Betrachtungen gerückt werden. Demgegenüber aber muß grundsätzlich betont werden, daß uns zur Darlegung eines Rechtszustandes lediglich mit rechtlichen Feststellungen gedient ist, rechtspolitische Zweckmäßigkeitserwägungen nur herangezogen werden dürfen zu Ausbau und Erweiterung der geregelten Rechtsgrundlagen; vielleicht auch, aber auch nur zur Erhärtung und Erläuterung gewisser allgemeiner Verfassungs- oder Gesetzesbestimmungen, die eine nähere Regelung nicht erfahren haben. So wird von den Gegnern des Prüfungsrechts häufig auf die bei Anerkennung folgende Verwirrung und Rechtsunsicherheit hingewiesen, da ja die Gefahr uneinheitlicher Auslegung bestünde; Begründungen, die sich früher schon Linde, Lenel, v. Mohl, Ullmann, Laband u. a.[2] zu eigen machten und die neuerdings neben anderen auch von Poetzsch, Bühler, Wittmayer, herangezogen werden. Ebenso führen die Verfechter des Prüfungsrechts, z. T. wohl auch, um die Einwendungen zu widerlegen, ähnliche Begründungen an, die diese Frage keineswegs von der rein rechtlichen Seite beleuchten. So finden sich vor allem Hinweise auf das amerikanische Verfassungsleben, dessen Organisation mit dem deutschen ja nicht vergleichbar ist, Hinweise auf Uebertreibung der Uebelstände, auf den Schutz, der durch das richterliche Prüfungsrecht der bürgerlichen Freiheit gegenüber dem „machthungrigen Parlament" in der parlamentarischen Republik[3] gewährleistet wird.[4] Diesen Hinweisen rechtsvergleichender Methodik, besonders aber auch denjenigen gegenüber, die rein rechtshistorisch vorgehen, sei der Nawiaskysche Satz ent-

1) Adamovich, S. 14.
2) vgl. auch die bei Adamovich a. a. O., S. 14—15 zit. Liter.
3) so Triepel in Arch. öff. R. Bd. 39 S. 537.
4) so schon früher v. Mohl, Ueber die rechtliche Bedeutung etc. in Krit. Zeitschr. f. Staatswiss. u. Gesetzgeb. des Auslandes 1852, 24 S. 117; H. A. Zachariä Dtsch. Staats- und Bundesrecht 1854 A 2, neuerdings Wolgast in DJZ. 1922, S. 716 ff.

gegengehalten: „Aus geschichtlich entfernten oder staatlich getrennten Rechtsanschauungen dürfen keine Schlüsse auf die Auslegung des geltenden deutschen Rechts gezogen werden, es sei denn, daß der Nachweis zusammenhängender Geistesgeschichte, des nicht vollzogenen Bedeutungswandels oder einer vollinhaltlich vorgenommenen Rezeption gelingt.“[5]

Die Gerichte von vornherein in den Mittelpunkt der Untersuchung zu stellen, ist ebenso verfehlt. Denn nur dann kann das Prüfungsrecht von Rechtsnormen eingehend und rein juristisch behandelt werden, wenn es sich auf weitester Grundlage aufbaut. Das ist schon von Bischof im Jahre 1859 erkannt worden.[6]

Eine klare Entscheidung des Nachprüfungsrechts, die sich nach allen Seiten hin mit dem bestehenden Rechtszustand deckt, läßt sich eben nur auf Grund der Untersuchung der allgemeinen staatsrechtlichen Grundlagen, der Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen und dem Verhältnis solcher Einzelbestimmungen zueinander erreichen. Die modernen Spezialisten des richterlichen Prüfungsrechts wie Adamovich und Schack und einige Dissertationen[7] der neuesten Zeit haben diesen Weg auch eingeschlagen und erst auf solche Weise brauchbares Material auch zur Entscheidung von Einzelfragen geliefert.

Bei der vorliegenden Arbeit ist gefragt, inwieweit die Gerichte zur Nachprüfung befugt sind. Es muß sich daher diese Untersuchung letzten Endes auf eine Abgrenzung des Prüfungsrechts erstrecken. Eine solche aber erscheint ausgeschlossen, hat man nicht die Zulässigkeit dieses Rechtes überhaupt untersucht. Zu deren Begründung hinsichtlich der Ausnahmeverordnungen des RP. aber muß man völlig selbständige Wege gehen, da Rechtsprechung und Literatur sich hier zumeist auf allgemeine Anerkennung berufen oder aber, was noch schlimmer ist, sich mit Andeutungen von Staatsrechtsgrundsätzen und deren Einbau in das deutsche Verfassungsleben begnügen; daß solche in ihrer rechtlichen Natur und der daraus folgenden Bedeutung für das Prüfungsrecht (und hier insbesondere wieder der Maßnahmen und Verordnungen des RP.) äußerst bestritten sein können, wird sich aus meinen weiteren Darlegungen ergeben.

---

5) Nawiasky erbrachte auf der 4. Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer in Münster i. W. hinsichtlich des Gleichheitssatzes den Beweis für ein negatives Resultat historischer Erörterungen. vgl. zu dem obigen Holstein in Arch.öff.R. 1926 S. 10 ff. „Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft“.

6) Bischof in Zeitschr. f. Zivilrecht und Prozeß, NF. 16 S. 415.

7) vgl. Fries Diss. Erlangen 1927; Lang, Diss. Würzburg 1926.
M. Meyer, Masch. Schr. Diss. Königsberg 1924, Diss. Auszug Berlin 1924.
Nützenadel, Diss. Auszug 1925 in: Jenaer jur. u. wirtschaftswiss. Doktorarbeiten 1924—26.

Während das Prüfungsrecht bei Verordnungen heute unbestritten besteht, sind die Meinungen in dieser Frage hinsichtlich der Gesetze nach wie vor geteilt. Da für die Begründung oder Ablehnung eines Prüfungsrechts von Diktaturverordnungen nicht allein die Vorschriften über Verordnungen Anwendung finden können, müssen, soweit sie verwertbar sind, auch die auf die Gesetzesprüfung bezüglichen Gründe herangezogen werden.[8]

Als Gegner des richterlichen Prüfungsrechts sind heute zu nennen:[9] Anschütz, Arndt, Giese, W. Jellinek, Schack, Wittmayer. Für das richterliche Prüfungsrecht treten ein:[10] Bühler, Hubrich, Hatschek (unter Ausschluß des materiellen), Jeschke (allerdings gegen das formelle), Poetzsch, Stier-Somlo, Triepel. Die Begründung geschieht in dreifacher Hinsicht: politischer, rechtspolitischer und rechtlicher Art sind die Gründe, die geltend gemacht werden. Die politischen Gründe will ich ausschalten, von den rechtspolitischen müssen diejenigen fortfallen, die lediglich auf eine künftige Gestaltung, auf ein „Soll" hinweisen.

Es wird zunächst mangels ausdrücklicher Verfassungsbestimmung oder reichsgesetzlicher Regelung geltend gemacht, daß ein Schweigen der Verfassung ein Prüfungsrecht nicht ausschließe und der Nachweis des Gegenteils erbracht werden müsse.[11] Hierzu ist auf Grund ausdrücklicher Regelung in Art. 48 Abs. 2 Satz 2 zu sagen, daß die RV. den Grundsatz der Ausschließlichkeit politischer Kontrolle bezüglich der Diktaturverordnungen durchgeführt hat und daher ein richterliches Prüfungsrecht der materiellen Voraussetzungen hierauf nicht gestützt werden kann.

Die hauptsächlichste Begründung stützt sich auf den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit, der in Art. 102 RV. verankert ist und

8) eine eingehende Darstellung dieser Fragen für den Bereich des alten Rechts gibt unter erschöpfender Würdigung der Literatur in historischer wie dogmatischer Weise Schack in seiner Monographie „Die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Gesetz und Verordnung unter bes. Berücksichtigung Preußens und des dtsch. Reichs", Berlin 1918. Vgl. dazu ders. in Annal. d. dtsch. Reichs 1919/20 S. 285 ff, in Arch. öff. R. 41 NF. 2 1921 S. 163 ff, in JW. 1922, S. in Gruchots Beiträgen (66) 1922, S. 24 ff, Literatur, vgl. ferner bei Meyer-Anschütz „Staatsrecht", 7 Aufl. 1919, S. 736 ff.

9) Ansch. Komm. zu Art. 102 S. 279, zu Art. 70 S. 215 ff. Verw. Arch. Schultzenstein-Keil 30, S. 346 ff.
Arndt, Komm. 1921 S. 179 ff., ders. in JW. 1919 S. 590, 1920 im „Recht" S. 106.
Giese, Komm. 5. Aufl., S. 184, 6. Aufl. 1295, S. 210 ff.
W. Jellinek in DJZ. 1921 S. 753.
Wittmayer in „Die WV." S. 457 ff.

10) Bühler Komm. zu Art. 102 u. Art. 70; ders. in DJZ. 1921 H. 17/18 S. 580 ff. Hubrich „Dem. Verfassungsrecht" 1921 S. 150 ff. Hatschek „Dtsch. u. pr. Staatsrecht" II. S. 27. Jeschke in JW. 1922 S. 81. Poetzsch Komm. (1920) zu Art. 102 S. 158. Triepel in Arch. öff. R. Bd. 39 S. 535. Stier-Somlo in Arch. öff. R. 42 S. 184.

11) Vgl. Wittmayer WRV. S. 458 im Hinblick auf Triepel Arch. öff. R. 42 S. 536 ff. und Hubrich Dem. Verf. Recht S. 151. — Vergl. dagegen Art. 106 aPr.V., der eine Nachprüfung der Gerichte ausdrücklich ausschloß.

seine Beschränkung in der Unterwerfung des Richters unter das Gesetz erfährt; hier gehen die Meinungen im Hinblick auf die Bedeutung dieses Satzes, insbesondere auch des Gesetzesbegriffes, auseinander. Die Stellung zu dieser Frage hängt davon ab, welche Bedeutung man der Ausfertigung beimißt.

Abgelehnt wird das Prüfungsrecht häufig mit dem Hinweis auf die Rechtsunsicherheit, die aus abweichenden Entscheidungen der Einzelgerichte folgen würde; dagegen ist einzuwenden, daß diese Gefahr übertrieben, zum mindesten überschätzt wird.

Endlich wird vielfach betont, daß dem Wesen des Rechtsstaates die strenge Durchführung einer Rechtskontrolle entspreche. Die Bezugnahme auf ein Gewohnheitsrecht der Gerichte, die schon in der Vorzeit kaiserliche und Bundesratsverordnungen „unbedenklich" nachgeprüft haben,[12] ist für ein Prüfungsrecht der Ausnahmeverordnungen von Wichtigkeit. In der neueren Literatur macht sich nun heute immer mehr die Erkenntnis geltend, vor allem von Thoma vertreten, daß auf den bisher eingeschlagenen Wegen eine befriedigende Lösung sich nie wird finden lassen. Thoma hat daher den Weg der Interessenabwägung beschritten, der zu einer Lösung des Problems führen soll.[13] Eine eingehende Begründung richterlichen Prüfungsrechts gegenüber den Verordnungen des RP. findet sich nirdends. M. E. sind die Hinweise in Literatur und Rechtsprechung auf allgemeine Anerkennung der richterlichen Befugnis, Verordnungen nachzuprüfen, nicht stichhaltig, da die besondere rechtliche Natur der Ausnahmeverordnungen des RP. auch eine besondere Behandlung verlangt. Ich will versuchen, aus der Lehre der Gewaltenteilung heraus in Verbindung mit einer Würdigung des Wesens der verfassungsmäßigen Diktatur, Zulässigkeit und Grenzen richterlichen Prüfungsrechts hinsichtlich dieser Ausnahmeverordnungen nachzuweisen.

2. Die Lehre von der Gewaltenteilung und der Gewaltenverbindung.

Die Lehre von der Teilung der Gewalten hat in der Geschichte eine mannigfaltige Entwicklung erfahren. Je nach den Bedürfnissen des betreffenden Staates ist sie auch verschieden durchgeführt und in der Verfassung verankert worden. Es kann sich hier nicht darum handeln, einen entwicklungsgeschichtlichen Hergang zu geben, von dem aus gesehen das Verhältnis dieser Lehre zur neuen deut-

12) So Jellinek in DJZ. 1921 S. 754.
13) Vgl. die Thomaschen Thesen in DJZ. 1922 S. 729 und die Entgegnung von Nawiasky in DJZ. 1923 S. 40/41.

schen RV. am besten klar würde. Ich muß mich darauf beschränken, den Begriff dieser Lehre, wie er die heutige Wissenschaft allgemein beherrscht, darzulegen, um dann auseinandersetzen zu können, wieweit die für unsere Frage so ungemein wichtige Lehre in der RV. durchgeführt ist.

In richtiger Erkenntnis des Wesens des Staates ist die sogen. Gewaltentrennung nur zu verstehen in Verbindung mit der sogenannten Gewaltenhemmung.[1] Drei Funktionen der Staatsgewalt unterscheidet man: Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung. Neben diese, bezw. als übergeordnete Gewalt über diese drei Funktionen, tritt in manchen Verfassungen noch eine weitere: der sogen. pouvoir constituant, über dessen Eigenart hinsichtlich der Diktaturgewalt des RP. noch besonders gehandelt werden wird. Für die Ausübung jeder der Staatsfunktionen bestehen häufig besondere Organe. Diese Organe sind in ihrer Tätigkeit an sich voneinander unabhängig, gegeneinander aber mit einer Prohibitivgewalt ausgestattet, die ein geeignetes Zusammenwirken für das Staatsganze gewährleisten. Für die materielle Trennung der Gewalten spricht zunächst die Einteilung der RV. in Abschnitt 5—7, die von Reichsgesetzgebung, Reichsverwaltung und Rechtspflege handeln.

Eine Durchführung der materiellen Trennung jedoch hierin zu sehen, wäre verfehlt. War doch schon in der aPrV. diese Frage trotz der Verankerung in den Artikeln 45, 62, 86 bestritten. Es ist vielmehr noch auf die herrschende Lehre von den Gesetzen hinzuweisen, die zwischen materiellen und formellen Gesetzen, also auch zwischen gesetzgebender und vollziehender Funktion unterscheidet. Gesetz im formellen Sinne ist jede durch die gesetzgebende Gewalt geäußerte Willensbildung des Staates, auch wenn sie keine Rechtsregel zum Gegenstand hat, Gesetz im materiellen Sinne ist jeder Rechtssatz. Stier-Somlo[2] unterscheidet noch das materielle Gesetz im weiteren Sinne gleich jeder Rechtsnorm, das der Form des durch die Legislatur gegangenen Gesetzes entbehrt, von dem materiellen Gesetz im engeren Sinne; dies stellt sich als „die Anordnung einer Rechtsregel dar, die den Weg der Legislative genommen hat." Die Bedeutung dieser Unterscheidung zwischen Gesetz in formellen und Gesetz im materiellen Sinne für die Lehre der Gewaltenteilung liegt darin, daß das materielle Gesetz grundsätzlich lediglich zur Verfügung der gesetzgebenden Gewalt steht und die vollziehende

---

1) Beide Begriffe zusammen bilden wohl, richtig verstanden, auch die Lehre Montesquieus.

2) Stier-Somlo, Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, 1924, S. 326.

Funktion nur im Falle besonderer gesetzlicher Ermächtigung ein selbständiges Verordnungsrecht hat. Die Gesetzgebung wird ausgeübt durch den Reichstag, dazu durch Volk und Reichsrat. Die Mitwirkung der letzteren erstreckt sich auf Einspruchsrecht, bezw. Volksbegehren und Volksentscheid. Doch auch der Exekutive sind materielle Gesetzgebungsfunktionen zugestanden mit dem Recht, Rechtsverordnungen zu erlassen. Voraussetzung hierzu ist eine generelle Delegation, so bei den Ausnahmeverordnungen des RP. oder eine spezielle, wie bei den Ausführungsverordnungen.

Die Rechtsprechung wird durch nur dem Gesetz unterworfene, unabhängige Richter ausgeübt, die ordentliche Gerichtsbarkeit durch das Reichsgericht und die Gerichte der Länder.

Die Verwaltung wird durch den Reichspräsidenten, Reichsregierung und Reichsrat ausgeübt. Dem Parlament sind allerdings auch Exekutivfunktionen zugeteilt: so Kriegserklärung, Friedensschluß, Etatsgesetzgebung,[3] die ja materiell sich als Verwaltungsakt, und nur formell als Akt der Gesetzgebung darstellt.

Die Zuteilung der einzelnen Staatsfunktionen an bestimmte Organe dürfte vor allem für die Kompetenzabscheidung wesentliche Bedeutung haben. Es ist aber erforderlich, „daß die unterschiedenen Organe der Staatsgewalt in ein Verhältnis zueinander gesetzt seien, welches in geordneter wechselseitiger Beeinflussung das einheitliche Zusammenwirken für die politischen Aufgaben ermöglicht und verbürgt".[4] Es würde zu weit führen, die diese Gewaltenverbindung regelnden Einzelbestimmungen der Verfassung auseinanderzusetzen. Für uns kommt es lediglich darauf an, im großen Rahmen die Beziehungen der Staatsfunktionen zueinander kennen zu lernen. Wenn man nun in Betracht zieht, daß die Legislative von der Exekutive unabhängig ist, mit zwei Ausnahmen allerdings, dem Veto- und Reichstagsauflösungsrecht des RP., daß die Exekutive dagegen vom Parlament abhängig ist: „das Volk kann den selbstgewählten RP. auf Antrag des Parlaments absetzen, die Reichsregierung bedarf des Vertrauens des Parlaments", so kommt man zu dem Schluß, daß die RV. keine der beiden Lehren in reiner Form durchgeführt hat. Aber hinsichtlich der Kompetenzabscheidung ist die Gewaltenteilung zur Geltung gebracht. Im übrigen ist durch eine Reihe von Bestimmungen die Gewaltenverbindung durchgeführt. So finden wir in

3) Vgl. Art. 85 RV. unter dem Abschnitt „Reichsverwaltung", — so die h. M. — Meyer-Anschütz, G. Jellinek, v. Freytagh-Loringhoven, Giese; a. M. wohl Arndt Komm. zu Art. 85.

4) Haenel, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, S. 36.

in der RV. die Gestaltung eines besonderen Typus der Demokratie, gewachsen aus den Lehren der Gewaltenteilung: Die Reichsregierung als der eine Teil der Exekutivgewalt, ist in Abhängigkeit vom Reichstag gestellt und zwar eben zugunsten des parlamentarischen Systems. Der RP. aber, das andere Exekutivorgan, ist aus dem Gesamtkomplex herausgehoben und steht als ein besonderes Organ, eine Gegengewalt, dem Reichstag gegenüber. Das führt uns zu einer der wichtigsten Fragen des richterlichen Prüfungsrechts: dem pouvoir constituant. Wiewohl von den Gegnern des Prüfungsrechts das Fehlen einer solchen Funktion im deutschen Verfassungsrecht immer wieder ins Feld geführt wird,[5] bedarf es doch einer Untersuchung, ob die Verfassung nicht durch Art. 48 Bestimmungen enthält, die auf ein pouvoir constituant hindeuten. Diese Frage löst sich am besten durch Würdigung des Wesens der Diktaturgewalt.

3. Das Wesen der Diktaturgewalt, ihre Stellung im System der staatlichen Funktionenteilung und die Folgerungen daraus für das richterliche Prüfungsrecht.

Daß wir es in der RV. mit einer kommissarischen Diktatur (im Sinne von Schmitt-Dorotić[1] zu tun haben, ist heute kaum bestritten.[2] Ihre rechtliche Natur liegt darin, „daß wegen eines zu erreichenden Zweckes rechtliche Schranken und Hemmungen, die nach der Sachlage ein sachwidriges Hindernis für die Erreichung des Zweckes bedeuten, in concreto entfallen“.[3] Daß eine solche „Gewalt“ in der rechtsstaatlichen, parlamentarisch-demokratischen Regelung des neuen deutschen Reiches Eingang fand, mutet zunächst eigenartig an. Trotzdem ist dies aus der Lage der Dinge erklärbar. Die Tatsache, daß die Befugnisse des RP. auf Grund des Art. 48 weiter gehen als die des Kaisers auf Grund des BZG., sieht auch Preuß[4], selbst ein Gegner des alten Belagerungszustandes, in der „Notwendigkeit der neuen Lage“ begründet, also wohl in den Gefahren, denen das neue Verfassungswerk ausgesetzt ist. „Die Diktatur ist wie die Notwehrhandlung immer nicht nur Aktion, sondern auch Gegenaktion. Sie setzt demnach voraus, daß der Gegner sich nicht an die Rechtsnormen hält, die der Diktator als Rechtsgrund für maßgebend anerkennt.

5) So von Jellinek a. a. O. 754, Hatschek a. a. O. I S. 27.
1) Schmitt-Dorotić, Die Diktatur, 1921.
2) So auch Preuß in Zeitschr. f. Pol. 1923, 13 S. 101.
3) Schmitt-Dorotić a. a. O. S. 135.
4) Preuß, a. a. O. S. 102.

Als Rechtsgrund, aber natürlich nicht als sachtechnisches Mittel seiner Aktion."[5] Die kommissarische Diktatur ist hier also eine in der Verfassung verankerte Gewalt, die im Augenblick eines Angriffs auf diese Verfassung tätig wird. Sie hebt, wie Schmitt-Dorotić sagt, dann „die Verfassung in concreto auf, um dieselbe Verfassung in ihrem konkreten Bestand zu schützen". Mit Recht sagt er „in concreto"; denn rechtlich kann von einer Verfassungsaufhebung nicht die Rede sein bei einem Einschreiten, das gerade im Interesse der Verfassung geschieht. Die in der Verfassung verankerte kommissarische Diktaturgewalt hat die Verfassung selbst als Grundlage und kann daher nie stärkeren Rechtes werden. In dem Augenblick, in dem sie dies würde, wäre der Diktator souverän. Aus der Verankerung dieser Art Diktaturgewalt ergibt sich nun, wie wir z. T. schon oben gesehen haben, ein weiteres: in besonderen Fällen, nämlich beim Vorliegen derjenigen des Art. 48, 2 tritt neben die ordentlichen Staatsfunktionen eine neue, außerordentliche.[6] Daß dem Träger der Diktaturgewalt verfassungsmäßig das Recht zusteht, alle ihm erforderlich erscheinenden Maßnahmen[7] zu treffen, hindert nicht, daß einem schrankenlosen Ermessen gewisse Grenzen gezogen sind. Art. 48 sagt: die n ö t i g e n Maßnahmen und e r f o r d e r l i c h e n f a l l s; woraus sich wohl ergeben dürfte, daß der Träger der Diktaturgewalt bei seiner Ermessensbildung pflichtgemäß auch die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen hat. Der RP. ist ferner noch an seinen, auf Grund des Art. 42 geleisteten Eid gebunden, der ja als Grundlage seiner Amtstätigkeit anzusehen ist.

Die vom RP. auf Grund des Art.48 RV. getroffenen Maßnahmen — und das ist unbedingt festzuhalten — sind immer tatsächlicher Art: nie kann Art. 48 die Ermächtigung zu einem Akt der ordentlichen Gesetzgebung gewähren. Hierin aber liegt der Kernpunkt der Einordnung dieser Diktaturgewalt im System der staatlichen Funktionenteilung. Dieser Ansicht scheint auch Schmitt-Dorotić zu sein: „Soll unter die allgemeine Ermächtigung des Art. 48 auch jeder beliebige Akt der Gesetzgebung fallen, dann bedeutet der Artikel eine grenzenlose Delegation und es ist ein Widerspruch, noch zu be-

5) Schmitt-Dorotić a. a. O. S. 136.

6) Diese Ansicht vertritt auch Grau, wenn er sagt: „Die Diktatur steht als einheitliche Staatsgewalt neben den übrigen Staatsgewalten. Der Rechtsstaat mit der in ihm herrschenden Gewaltentrennung kann seine Existenz, wenn sie durch innere Gefahren bedroht wird, nicht mehr allein mit den Machtmitteln aufrecht erhalten, die innerhalb der Gewaltentrennung ausgeübt werden. Um in solchen Fällen staatliche Macht auf Grund der Verfassung ausüben zu können, hat die neue RV. neben die ordentliche Staatsorganisation eine außerordentliche gestellt." Grau a. a. O S. 105. Ebenso Preuß in Zeitschr. f. Pol. 13 S. 104.

7) Vgl. dazu RGStr. Urteil vom 5. 10. 1921 Bd. 56 S. 163 und Kritik dieses Urteils von Goslich in Leipz. Zeitschr. f. dtsch. Recht 19 1925 S. 1189.

haupten, er hebe die Verfassung nicht auf."[8] In einem solchen Falle wäre der RP. tatsächlich zum Träger eines pouvoir constituant gemacht.[9] Aus dem Umkehrschluß ergibt sich das Fehlen dieser Funktion.[10]

Zusammmenfassend ist zu sagen: die staatlichen Funktionen der Gesetzgebung und Vollziehung bleiben im wesentlichen getrennt, die letztere ist der ersteren untergeordnet. Die Rechtsprechung ist der Verwaltung auf gleicher Stufe beigeordnet; im Rahmen der verfassungsmäßigen Schranken ist dem RP. die höchste Verwaltungsbefugnis und ein erhöhtes Rechtsverordnungsrecht, d. h. eine Art vorübergehender materieller Gesetzgebungsbefugnis erteilt, die der politischen Kontrolle des Reichstages gemäß Art. 48 Abs. 3 unterliegt. Von einer vierten über den Staatsfunktionen stehenden Gewalt kann umsoweniger die Rede sein, als die kommissarische Diktaturgewalt des RP. einerseits ihr Recht aus der Verfassung herleitet, andererseits der Kontrolle des Parlaments unterstellt ist, sie ist lediglich eine außerordentliche Gesetzgebung und Vollziehung vorübergehend verbindende Funktion, die unter dem Gesichtspunkt der Zuständigkeitsverschiebung zu werten ist.[11]

Hieraus ergibt sich, daß es für die Frage nach der richterlichen Ueberprüfbarkeit von Anordnungen des Trägers der Diktaturgewalt verfehlt ist, diesen gegenüber dieselbe Stellung einzunehmen, wie gegenüber den Anordnungen der ordentlichen verwaltenden Funktion.

4. Die Unabhängigkeit der Richter.

Reichsgesetzlich war die richterliche Unabhängigkeit schon in § 1 des GVG. festgelegt. Durch Art. 102 RV. ist dieser Grundsatz

8) Schmitt-Dorotić a. a. O. S. 202.

9) Vielleicht hat die Nat.-Vers. eine derartige Funktion ausgeübt und hätte somit auch den RP. kommissarisch betrauen können. Mit Schmitt-Dorotić ist aber hier nach richtiger Ansicht zu folgern, daß diese Gewalt auch mit der Auflösung der Nat.-Vers. und somit ebenfalls der kommissarische Auftrag untergegangen ist.

10) Für das Fehlen eines pouvoir constituant spricht ferner Art. 76 Abs. 1 RV. (vgl. aRV. Art. 78, 1). Anschütz folgert hieraus, daß die Verfassung „nicht über der Legislative, sondern zur Disposition derselben steht" (Komm. Art. 76 Anm. 1 S. 229). Ueber die Frage, ob das Verfassungsrecht entgegenstehendes Gesetzesrecht bricht, hat seit jeher lebhafter Streit bestanden. Jedoch vertritt heute die herrschende Meinung mit Hatschek (I S. 27) den Standpunkt, daß dieser Satz nach deutschem Recht keine Gültigkeit hat. Wieweit allerdings außerhalb eines pouvoir constituant die Verfassung einen Vorrang einnimmt vor den einfachen Gesetzen, ist zweifelhaft. Die Bejahung des Prüfungsrechts von Gesetzen mag davon abhängig sein. Eine Lösung versucht Lang, Diss. Würzburg 1926 S. 21.

11) Auf anderem Wege gelangt Richard Schmidt zu einem Ergebnis, das sich in mehreren Punkten mit dem oben Gesagten deckt: danach bleiben zwar gesetzgebende und vollziehende Gewalt getrennt, „nur tritt innerhalb der von der normalen Gesetzgebung bezeichneten Schranken in gewissem Umfang eine Konzentration von Gesetzgebung und Vollzug ein". R. Schmidt, Einführung 1923 S. 281.

nun auch in der Verfassung verankert. Dieser Satz besagt, daß die Richter, unabhängig von der Staatsleitung, lediglich den Beschlüssen der gesetzgebenden Gewalt unterworfen sind. Es hat daher der Richter das ihn unbedingt bindende Gesetz anzuwenden. Allerdings sagt Anschütz mit Recht: „Damit soll nicht einfach gesagt sein, daß er jede Norm, welche ihm mit dem Anspruch, Gesetz zu sein, entgegentritt, ungesehen anzuwenden hat. Er darf und muß vielmehr prüfen, ob das, was Gesetz sein will, wirklich Gesetz ist."[1] Da die Aeußerungen der gesetzgebenden Gewalt meist an bestimmte formelle Erfordernisse gebunden sind, vermag der Richter schon häufig rein äußerlich festzustellen, ob es tatsächlich ein bindendes Gesetz ist, das vorliegt. Eine Verordnung bedarf stets einer Delegation; und es wird daher in der Regel Subjekt und Objekt, d. h. also derjenige, der sie erläßt sowie derjenige, auf den sie sich erstreckt, in ihr äußerlich erkennbar enthalten sein. Sind besondere Formerfordernisse aufgestellt, so hat der Richter diese zu berücksichtigen. Es liegt in seiner staatsrechtlichen Stellung begründet, daß er in seinem Ermessen frei ist, ob er ihr wegen Fehlerhaftigkeit die Anwendung versagen will oder nicht. Bei den ordentlichen Verordnungen muß sich seine Prüfung auch darauf erstrecken dürfen, ob die materiellen Erfordernisse gewahrt sind. Auf jeden Fall ist daran festzuhalten, — das ist unbestritten, — daß sich bei solchen Verordnungen die Prüfung auch darauf zu erstrecken hat, ob sich die vorliegende niedere Norm mit der übergeordneten höheren in Einklang befindet.[2]

B. Besonderer Teil.

a. Grundlagen, rechtliche Natur und Inhalt des Art. 48 RV.

1. Staatsnotrecht und Staatsausnahmerecht.

Wie jedes Rechtsgebiet privat- oder öffentlichrechtlicher Natur ein Notrecht kennt, so ist dieses Recht im Staats- und Verfassungsleben von besonderer Bedeutung. Ein Hinweis auf das deutsche Reich und seine Länder zeigt, daß die Regelung in den Verfassungen verschieden ist.

Will man die Frage der richterlichen Nachprüfung von Verordnungen des RP. untersuchen, so ist die rechtliche Natur dieser Ver-

1) Anschütz, Komm. Art. 102 Anm. 3, S. 279.
2) Vergl. die Richtlinien, die das Reichsgericht bei Prüfung von Rechtsverordnungen der Verwaltung anwendet in dem bek. Urteil RGStr. 56 S. 181.

ordnungen und Maßnahmen näher darzulegen. Diese wiederum ergibt sich aus dem Art. 48 selbst und seiner Stellung in der RV. Das Recht des Art. 48 aber ist nur im Hinblick auf die allgemeinen Lehren über das Staatsnotrecht überhaupt zu verstehen.

Das Staatsnotrecht — man unterscheidet zwischen subjektivem und objektivem Staatsnotrecht — stellt sich begrifflich dar als „das Recht des Staates zur Ergreifung außerordentlicher Maßnahmen auch gegenüber den Gesetzen, sei es zur Verteidigung seiner Integrität gegenüber Angriffen innerer oder äußerer Gegner, sei es zur Beseitigung eines ungewöhnlichen Notstandes". Wie Fleischmann sagt: Gegen eine das gewöhnliche Maß überschreitende Bedrohung seiner Sicherheit muß sich auch der Staat durch außerordentliche Maßnahmen schützen können, den Verhältnissen angepaßt durch gesetzgeberisches Eingreifen (Notverordnung) oder durch eine die Regel durchbrechende Beeinflussung des Verwaltungsganges. Hierin gipfelt die sogen. Sicherheitspolizei, die sich im äußersten Falle selbst der bewaffneten Macht bedient."[3] Unter subjektivem Staatsnotrecht versteht man die Befugnis zum Ergreifen außerordentlicher Maßnahmen, unter objektivem Staatsnotrecht die Summe der für das subjektive maßgeblichen Rechtsnormen.[4] Nach Elze hat das Staatsausnahmerecht folgende Stellung im System des Staatsnotrechts: Während das objektive Staatsnotrecht in Natur-, Gewohnheits- und positives Recht einzuteilen sei, fänden sich als Quellen des subjektiven Staatsnotrechts die Staatsnotwehr mit dem aus ihr abzuleitenden Staatsausnahmerecht und der Staatsnotstand mit dem aus ihm abzuleitenden Staatsnotstandsrecht. Das Recht der Exekutive zur Verhängung des Ausnahmezustandes, sowie das Recht der Legislative zum Erlaß von Ausnahmeverordnungen stehe, abgeleitet aus dem Staatsausnahmerecht, dem Recht der Legislative zum Erlaß von Notstandsverordnungen und dem Staatsnotrecht im engeren Sinne (der Exekutive), abgeleitet aus dem Staatsnotstandsrecht gegenüber. Danach bilden also das Ausnahmeverordnungsrecht und das Notstandsverordnungsrecht als ein Recht der Legislative das Notverordnungsrecht. Es tritt dadurch ferner eine Trennung ein zwischen dem Recht der Exekutive zur Verhängung des Ausnahmezustandes und dem Recht der Legislative zum Erlaß von Ausnahmeverordnungen. Das scheint mir jedoch nicht richtig zu sein; ebenso auch nicht die Ab-

3) Fleischmann, „Belagerungszustand" im Wörterbuch des Staats- u. Verw. Rechts, S. 397; vgl. dazu Elze, Dtsch. Staatsausnahmerecht nach Art. 48 der RV. Diss. Halle 1923, Masch. Schr. Diss. Auszug 1924.

4) Elze a. a. O. S. 3/4 ff.

leitung des Staatsausnahmerechts aus dem Begriff der Staatsnotwehr, sowie die Ableitung des Staatsnotstandsrechts aus dem Staatsnotstand. M.E. ist das Staatsausnahmerecht ein Ausfluß der Staatsnotwehr- **und** des Staatsnotstandsrechts. Daher auch das Notverordnungsrecht als Recht der Legislative dem Notstandsverordnungsrecht gleichzusetzen ist. Ein Hinweis auf Art. 48 zeigt, daß das Recht zur Verhängung des Ausnahmezustandes sowie das Ausnahmeverordnungsrecht sehr wohl in der Hand eines obersten Organs vereinigt sein können; ist doch der Ausnahmezustand im heutigen Recht als die tatsächliche Folge einer Summe von Einzelmaßnahmen anzusehen.

2. Die Vollmachten des Reichspräsidenten aus Art. 48 RV.

I. Vollmacht und Voraussetzungen.

Es erübrigt sich, hier auf die Vollmachten im einzelnen einzugehen. In Frage kommt insbesondere: Uebertragung der vollziehenden Gewalt an die Militärbehörde, oder besondere Beauftragte, Einsetzung von außerordentlichen Gerichten, vorübergehende Aufhebung der in Art. 48 genannten Grundrechte, Erlasse von Rechtsverordnungen mit Strafdrohung außerhalb des Rahmens der sonst erforderlichen besonderen gesetzlichen Ermächtigung, Verschärfung bestehender Strafdrohungen usw.[1] Nur sei betont, daß Absatz 1 und Absatz 2 des Art. 48 scharf voneinander zu trennen sind.

Während die Anordnung der Reichsexekution in der vorliegenden Untersuchung außer Betracht bleiben kann, da es sich hier ja nicht um „Maßnahmen" und „Verordnungen" des RP. handelt im Sinne unserer Aufgabe, ist eine Würdigung des Wesens der „Diktaturgewalt" ja schon in Verbindung mit der Lehre von der Teilung der Gewalten erfolgt. Ueber das tatsächliche Vorliegen der Voraussetzungen, die Art. 48 fordert, muß der RP. auf Grund eigener Ermessensbildung entscheiden, d. h. also darüber, ob die öffentliche Sicherheit und Ordnung gestört oder gefährdet ist, ob diese Störung oder Gefährdung erheblich ist und welche Maßnahmen zur Wiederherstellung notwendig sind. Daß eine Zweckabhängigkeit der Maßnahmen von der gestörten und wiederherzustellenden öffentlichen Sicherheit und Ordnung verlangt werden muß, liegt auf der

1) Verhandlungen der verfassunggebenden deutschen Nationalversammlung, Sten.Ber. Bd. 327, 1304 A, 1335 D, 1338 B; RGStr. 56, 189; eine vollständige Aufzählung der in den Jahren 1919—24 erlassenen Verordnungen auf Grund des Art. 48 RV. gibt Poetzsch, im J. ö. R. 1925, Bd. 13.

Hand.[2] Insofern ist naturgemäß, das folgt auch aus dem Wesen der verfassungsmäßigen Diktatur, die freie Ermessensbildung des RP. eingeschränkt. Im einzelnen sind die Grenzen der Diktaturmaßnahmen äußerst bestritten. Es sei hier nur an die Leitsätze von Schmitt erinnert, die er in seinem Referat während der Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Jena aufstellte und die starkem Widerspruch begegneten.[3] Hieraus ergeben sich, bejaht man ein Prüfungsrecht des Richters hinsichtlich der Grenzen, in denen sich der RP. bei Erlaß seiner Verordnung gehalten oder nicht gehalten hat, die außerordenlichen Schwierigkeiten, in die der Richter bei Nachprüfung einer solchen Verordnung zu geraten vermag.

II. Abgrenzung der Diktaturvollmachten im Sinne der herrschenden Lehre.

Art. 48 II,2 ermächtigt den RP. ausdrücklich zur Durchführung seiner Maßnahmen, die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft zu setzen. Man hat hieraus per argumentum e contrario den — zunächst naheliegenden — Schluß gezogen, daß andere als diese aufgezählten Grundrechte nicht antastbar sind. Dieser Standpunkt wird auch überwiegend in der Literatur vertreten. So sagt Anschütz:[1] „Die Bezeichnung der 7 Grundrechte hat die rechtliche Natur einer limitativen (nicht exemplifikativen) Aufzählung. Sie bedeutet demgemäß, daß die Diktaturgewalt andere als die aufgezählten Grundrechte nicht außer Kraft setzen, und daß sie sich über andere, im zweiten Hauptteil der RV. nicht enthaltene Verfassungsbestimmungen nicht hinwegsetzen (d. h. sie nicht aufheben, abändern, durch Einzelmaßnahmen durchbrechen) darf."

Diese Ansicht fußt in erster Linie auf der Begründung, die der damalige Reichsjustizminister Schiffer in der 147. Sitzung der Nationalversammlung gab:[2] „Es können Maßnahmen nicht in Betracht kommen, die die Verfassung selbst betreffen. Es ist undenkbar, daß auf Grund dieser Bestimmung der RP. die Verfassung außer Kraft setzen, beseitigen könnte, die die Grundlage der Bestimmung selbst und die Grundlage seiner eigenen Machtvollkommenheit ist. Wollte man ihn in die Lage versetzen, durch seine Maß-

2) Vgl. dazu Haentzschel in Zeitschr. f. öff. R. 5, 1926, S. 216.
3) Veröffentlichungen 1924 S. 63 ff., insbesondere S. 104. Vgl. auch Poetzsch in Jahrb. d. öff. Rechts, 13 S. 148; Leibholz in öffentl.-rechtl. Abhandl. Nr. 6 1925 S. 104/5.
1) Anschütz, Komm. Art. 48, Anm. 13, S. 174.
2) Sten.Ber. S. 1636.

nahmen auch auf das Gebiet der Verfassung hinüberzugreifen, dann bedürfte es noch einer besonderen Anordnung, und diese ist im zweiten Satz ausgesprochen, wo es heißt: „Zu diesem Zweck — nämlich zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung — darf er die in den Art. 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen. Dieser zweite Satz ist also nicht etwa .... eine Einschränkung für die Anwendung des ersten Satzes, die Maßnahmen zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, sondern eine Erweiterung. Das ist die Auslegung, die sich bei unvoreingenommener Auslegung des Gesetzes ergeben muß."

Lange Zeit hindurch war dies denn auch die herrschende Meinung in Wissenschaft und Praxis, zum Teil unter ausdrücklicher Berufung auf die eben wiedergegebenen Darlegungen Schiffers:[3] Die Ausnahmebefugnisse des RP. werden durch die Bestimmungen der RV. außerhalb des Art. 48 Abs. 2 der RV. begrenzt.

In wie weitreichender Weise aber bisher von der Ermächtigung des Art. 48 Abs. 2 Gebrauch gemacht worden ist, lehrt ein Blick auf die erlassenen Ausnahmeverordnungen,[4] die fast alle Gebiete des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens berühren; hier ist vielfach von einem Mißbrauch der Diktatur in dem Sinne gesprochen worden, daß man die Ermächtigung des Art. 48 als Ersatz für das in der Verfassung fehlende Institut des Notverordnungsrechts gebrauchte.[5] Es mußte sich daraus mit zwingender Notwendigkeit eine Gegenströmung ergeben, die den Fluß allzu großer Machtvollkommenheit des „Diktators" hemmen wollte. Neben dem vorerwähnten argumentum e contrario aus der Aufzählung der 7 suspendierbaren Grundrechte haben insbesondere Grau[7] und Preuß[7] auf die historische Entwicklung[8] und auf die ausschließliche Bestimmung des Art 76 RV. für Verfassungsänderungen verwiesen.

Vorweg genommen sei noch die weitere Feststellung, daß nach herrschender Meinung ein Eingriff in der einfachen Gesetzgebung vorbehaltene Bestimmungen durch Verordnung des R.P. auf Grund des Art. 48 II,2 keine Verfassungsverletzung darstellt.[9] Denn da der R.P. bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 48 eine besondere rechtliche Stellung erhält, die, wie wir oben gesehen haben, unter

3) Vgl. RGStr. 55, 155 ff. (1920).
4) Vgl. die Zusammenstellung bei Poetzsch, im J. ö. R. 1925, Bd. 13.
5) Bilfinger, Verfassungsumgehung, Arch. ö. R. 1926, 50, S. 185.
6) Grau, Diktaturgewalt, S. 51, 55.
7) Preuß, Zeitschr. f. Politik, 1923, Heft 13, S. 97 ff.
8) aPrV. 1850, Art. 111; B.Z.G. 1851; aRV. 1871, Art. 68.
9) So auch Anschütz, Art. 48, Anm. 13, S. 175.

dem Gesichtswinkel der Zuständigkeitsverschiebung im System der Staatsfunktionen zu werten ist, fällt der am meisten beobachtete und dagegen geltend gemachte Hinweis auf den R.P. in seiner ausschließlichen Stellung als obersten Träger der vollziehenden Gewalt in sich zusammen.

Von besonderer Wichtigkeit ist hier das Recht, sich über Einzelbestimmungen der Prozeßordnungen hinwegzusetzen. So können durch Verordnung oder Verfügung auf Grund des Art. 48 neben Sondergerichten auch Ausnahmegerichte, die an sich ja durch Art. 105 als „unstatthaft" bezeichnet sind, eingerichtet werden. Denn da Art. 105 die Bestimmung enthält: Die gesetzlichen Bestimmungen über Kriegsgerichte und Standgerichte werden hiervon nicht berührt, können im Wege einfacher Reichsgesetzgebung Ausnahmegerichte bestellt werden. Daraus folgt, daß dies auch durch Verordnung oder Verfügung des R.P. auf Grund des Art. 48 erfolgen kann.[10] Entscheidend ist hier die Bedeutung des in Art. 109 RV. verankerten Gleichheitsgrundsatzes. Wird dieser verletzt, so wird das Sondergericht zum unstatthaften Ausnahmegricht. Hält man an dem Satze fest „Ausnahmegericht ist das nichtgesetzliche Gericht",[11] so erscheint es einleuchtend, daß die Bestellung von Ausnahmegerichten auf Grund des Art. 48 in dem genannten Sinne rechtlich durchaus zulässig ist.

Besonderer Erwägung bedürfen aber die Referate von Schmitt und Jacobi auf der Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer im Jahre 1924 in Jena,[12] die allerdings starkem Widerspruch begegneten.[13] Schmitt stellte folgende Sätze auf:

1. Bis zum Inkrafttreten des in Art. 48 Abs. 5 vorgesehenen Reichsgesetzes kann der R.P. nach Art. 48 Abs. 2 Satz 1 alle zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung für nötig erachteten Maßnahmen treffen; dabei ist er auch durch andere als die in Satz 2 aufgezählten Verfassungsbestimmungen nicht behindert. Satz 2 enthält gegenüber dem Satz 1 nicht eine Einschränkung, sondern eine neue zu der Befugnis aus Satz 1 hinzukommende Befugnis, nämlich die aufgezählten Artikel der Verfassung außer Kraft zu setzen, ohne selber Maßnahmen zu treffen.

2. Die dem R.P. nach Leitsatz 1 zustehende Befugnis bedeutet ein Provisorium, dessen Eigenart darin besteht, daß einerseits die staatsrechtlich unbegrenzte Machtvollkommenheit, die rechtsstaatlich

10) Ebenso Anschütz, Art. 105, Anm. 7, S. 289.
11) Poetzsch Heffter, Art. 105, Anm. 2, S. 385.
12) Heft 1 der Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer.
13) Nawiasky, Die Auslegung des Art. 48 RV., in Arch. ö. R., N. F., 9, S. 1 ff.; Stier-Somlo, Die 2 Tagung d. Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Arch. ö. R. Bd. 46, N.F. 7, S. 88 ff., S. 95.

in der Hand einer verfassunggebenden Versammlung nur bis zum Inkrafttreten der Verfassung denkbar ist (souveräne Diktatur), mit dem Inkrafttreten der Verfassung aufhören muß, andererseits aber eine rechtsstaatlichen Prinzipien entsprechende Umgrenzung einer kommissarischen Diktatur nicht stattgefunden hat. Es ist Aufgabe des nach Art. 48 Abs. 5 zu erlassenden Reichsgesetzes, diese Umgrenzung vorzunehmen.

3. Die Grenzen der dem R.P. nach Art. 48 Abs. 2 Satz 1 zustehenden Befugnis ergeben sich daraus, daß es sich um eine auf einer Verfassungsbestimmung beruhende außerordentliche Befugnis handelt. Daraus ergibt sich insbesondere:

a. Was als öffentliche Sicherheit und Ordnung und als eine Gefährdung derselben anzusehen ist, kann nicht unabhängig von der Verfassung bestimmt werden;

b. Art. 48 enthält in sich ein Minimum von Organisation, das auch durch bloß tatsächliche Maßnahmen nicht angetastet werden darf (Reichspräsident, Reichsregierung, Reichstag);

c. Die Befugnis gilt nur für Maßnahmen, d. h. Einzelhandlungen oder generelle Anordnungen, die im Hinblick auf eine als anormal anzusehende und daher zu beseitigende konkrete Sachlage erfolgen, nicht aber auf unabsehbare Zeitdauer Geltung beanspruchen.

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt Jacobi,[14] der zwischen unzulässigen Aenderungen der Verfassungsurkunde, zulässigen Verfassungsdurchbrechungen und der ausdrücklich vorgesehenen Außerkraftsetzung einzelner Verfassungsartikel unterscheidet. Dem R.P. ist jeder Eingriff in andere als die in Art. 48 Abs. 2 genannten Grundrechte verwehrt — abgesehen von dem Organisationsminimum: Reichspräsident, Reichsregierung, Reichstag, sind die organisatorischen Bestimmungen der Reichsverfassung antastbar — unzulässig ist eine Abänderung der Verfassungsurkunde.

Dieser Schmitt-Jacobi'schen Theorie neigt z. T. auch Thoma zu,[15] während die herrschende Lehre zu ihr im Widerspruch steht.[16] So macht Poetzsch-Heffter hinsichtlich des Nichtvollendetseins der rechtsstaatlichen kommissarischen Diktatur vor Erlaß des in Abs. 5 vorgesehenen Gesetzes unter Hinweis auf Schmitt[17] vor allem geltend, daß „das Verfassungswerk die souveräne Diktatur beendet

---

14) a. a. O. S. 105 ff.
15) Thoma, Die Regelung der Diktaturgewalt, in DJZ. 1924, S. 654 ff.
16) Vgl. Anschütz, Art. 48, Anm. 13; Giese, Anm. 7; Haentzschel, DJZ., 1921, 341 ff. Nawiasky, Arch. ö. R., N.F. 9, S. 1 ff.; Stier-Somlo, Arch. ö. R, N, F, 7, S: 91 ff:
17) a. a. O. S. 87 u. 89.

und den R.P. wie alle anderen obersten Organe des Reichs unter die Normen der Verfassung gestellt" habe; daß ferner die Entstehungsgeschichte gerade der herrschenden Meinung Recht gebe: Man hat im Staatenausschuß zunächst erwogen, dem R.P. Vollmacht zur Antastung von Verfassungsbestimmungen zu geben und sich dann auf die Außerkraftsetzbarkeit von Grundrechten beschränkt. Andere als die in Art. 48 genannten Grundrechte darf der R.P. nicht außer Kraft setzen. In der Aufzählung der 7 Grundrechte liege aber weiter eine Begrenzung „gegenüber anderen Möglichkeiten, an den Verfassungsbestand zu rühren". Poetzsch-Heffter führt endlich, sich ebenfalls auf Schmitt berufend, an, daß die herrschende Meinung „einer rechtsstaatlichen Forderung entspricht, die bei der Verzögerung des Ausführungsgesetzes in unerträglicher Weise unerfüllt bleiben würde."[18] Daß aus dieser Einstellung heraus für das richterliche Prüfungsrecht sich die Folge ergibt: Ein Antasten von Verfassungsbestimmungen außerhalb der 7 Grundrechte ist unzulässig und steht daher außerhalb der Ermessensgrenzen, ist also der richterlichen Nachprüfung unterworfen, liegt auf der Hand.

Zwei Punkte sind es, die von Thoma in Anlehnung an Schmitt-Jacobi in den Vordergrund gestellt werden. 1. Der R.P. ist lediglich an die den Diktaturapparat selbst konstruierenden Institute: das Institut des R.P. als solches, sowie die Zeit der Amtsdauer und die Notwendigkeit der Gegenzeichnung seiner Verordnungen, das Institut der Reichsregierung und dasjenige des Reichstags gebunden. Da der R.P. seine Maßnahmen 2. zur Wiederherstellung der „Ordnung" trifft, soll man sich über diesen Begriff in diesem Zusammenhang klar werden: Ordnung heißt hier „reichsverfassungsmäßige Ordnung der deutschen Staatsgewalt". Dem ist zuzustimmen, zumal die Diktaturgewalt des Art. 48 RV., wie aus den Erörterungen Schmitt-Dorotić's und des Vaters der Weimarer Verfassung, Hugo Preuß' hervorgeht, eine andere Art der Ordnung schwerlich hat schaffen oder schützen sollen. Auch Thoma nennt deswegen die aus Sonderbestrebungen heraus erfolgende Dauereinsetzung eines Direktoriums auf Grund des Art. 48 RV. verfassungswidrig. Allerdings hat man dabei zu bedenken, inwieweit hier ein neues Moment grundsätzliche Einstellung zu ändern vermag: Die Rechtsänderung oder, anders gesagt, die Verschiebung und Veränderung der politischen und rechtspolitischen Unterlagen, auf denen das Werk einer Verfassung mit ihren Einzelinstituten ruht. Derartige Verschiebungen vermögen insbesondere bei Instituten, deren Einzelregelung noch

18) Poetzsch-Heffter, Art. 48, Anm. 12, S. 240.

vorbehalten und unausgeführt geblieben ist, auch rechtlich eine andere Auslegung zu vermitteln.

Die „Außerkraftsetzungen" sind von den „Maßnahmen" zu trennen. Macht der R.P. von den ihm durch Art. 48 verliehenen Befugnissen dahingehend Gebrauch, daß er eines oder mehrere der 7 aufgezählten Grundrechte außer Kraft setzt, so erweitert er vor allem die Befugnisse der Behörden, in erster Linie wohl von Verwaltungsbehörden. Es ist auch eine Außerkraftsetzung aller aufgezählten 7 Grundrechte denkbar; über deren Rahmen hinaus darf der R.P. aber in seinen „Außerkraftsetzungen" nicht gehen.

Thoma hat bisher eine abschließende Stellung zu der Schmitt-Jacobi'schen Lehre noch nicht eingenommen, obgleich er sich ja ihrer überzeugenden Kraft nicht zu entziehen vermag. Das erhellt in hervorragender Weise aus den Ausführungen, die er de lege ferenda macht, d. h. im Hinblick auf die einschränkende Natur des auf Grund des Art. 48, V zu erlassenden Gesetzes, durch das wohl der Streit der Meinungen, soweit er das geltende Recht betrifft, beseitigt werden soll.[19]

Zunächst sollen diejenigen Reichsverfassungssätze aufgezählt werden, die durchbrechbar sind und neben die 7 außerkraftsetzbaren Grundrechte gestellt werden. Art. 17, 19, 102 und 104 sollen als unantastbar erklärt werden. Es soll eine eindeutige Bestimmung dahin getroffen werden, daß die Diktaturmaßnahmen nicht allein durch neue Verordnungen des „Diktators", also des außerordentlichen, sondern auch durch einfaches Gesetz des ordentlichen Gesetzgebers aufgehoben werden können. Wenn Thoma endlich eine „beschränkende Katalogisierung der durchbrechbaren Verfassungsordnung" fordert und diese Notwendigkeit in scharfsinniger Weise aus dem die Reichsverfassung beherrschenden Grundsatz des Minderheitenschutzes konstruiert, so sind das rechtspolitische Vorschläge, deren Erörterung über den Rahmen der vorliegenden Darlegungen hinausgehen, wobei allerdings betont werden muß, daß man bezüglich des katalogisierten Inhalts hier gerade im Hinblick auf die „Wucht und staatserhaltende Wirksamkeit" dieses Instituts sehr verschiedener Meinung sein kann.

III. Nawiasky's Kritik an Schmitt-Jacobi's Theorien.

Einer eingehenden Kritik hat Nawiasky[1] die Lehren von Schmitt-Jacobi unterzogen. Seine Darlegungen, die Kritik und

20) DJZ. 1924, 658, 659.
1) Arch. ö. R. N. F. 9, S. 1 ff.

Antikritik enhalten, gipfeln in einer eigenen Lehre, die ein befriedigendes Ergebnis darstellt, gegenüber den Konsequenzen, die aus den Theorien Schmitt-Jacobis sich ergeben. Sie beanspruchen insofern besondere Beachtung, als man heute fast allgemein Nawiasky's Gründe als „völlig überzeugend" anerkennt.[2]

Zunächst wendet sich Nawiasky gegen den Grundsatz, die Beschränkungen des Art. 48 nur diesem selbst zu entnehmen. Die Hineinbeziehung der Reichsregierung in das Organisationsminimum ist höchst anfechtbar (a. a. O. 7), „sie wäre nur dann gerechtfertigt, wenn man den in Art. 48 weder explicite erwähnten, noch implicite angedeuteten Art. 50 für unantastbar erklärt, obwohl er ganz selbständig neben Art. 48 steht". Danach würde, wie schon in Jena festgestellt worden war, den Landesregierungen auf Grund des Abs. 4 die Möglichkeit zu Eingriffen fast in die ganze Reichsverfassung, dem Reichspräsidenten mit Hilfe des Abs. 2 in die Landesverfassungen gegeben sein; weiter aber wären auch Volksvertretungen, Regierungen, oberste Gerichtshöfe wie richterliche Reichs- und Landesbehörden dem diktatorischen Eingriff nicht entzogen. „Der vorübergehende Abbau des gesamten Reichsapparates bis auf ganz vereinzelte hochragende Trümmer und der vorübergehende Abbau des gesamten Länderapparates wäre nach dieser Lehre verfassungsmäßig zulässig. Ein wildgewordener Reichspräsident könnte auf einige Zeit wie ein apokalyptischer Reiter über das wehrlose Maximum der Reichs- und Landesorganisation hereinbrechen!" (8).

Nach der anderen Seite hin vermag der Reichspräsident aber die normale Behördentätigkeit nicht durch Erlaß von „100%igen Rechtsnormen" zu unterstützen (8/9), will er sich ihrer im Kampf gegen Ruhestörer bedienen. Der Reichspräsident darf ja entweder rein tatsächliche Maßnahmen im weiteren Sinne, also auch „streng zweckabgestellte, allgemeine Anordnungen, einschließlich des Einsatzes der bewaffneten Macht" treffen oder aber von dem Recht, die 7 Grundrechte außer Kraft zu setzen, Gebrauch machen. Hat man diese Konsequenzen gezogen, so sieht man, daß sie keineswegs im Sinne der Verfassung liegen können, so treten auch die Mängel hervor, die der neuen Lehre anhaften.

Im einzelnen beschreitet Nawiasky den Weg einer Kritik, die eine Reihe von Widersprüchen zu Tage treten läßt (11). Die Hineinbeziehung der Reichsregierung in das Organisationsminimum, ohne daß sie in Art. 48 überhaupt erwähnt ist, muß zunächst festgehalten

2) So Anschütz, Komm. Art. 48, Anm. 13, S. 175.

werden. Die unbedingte Zusammengehörgikeit von R.P. und Reichsregierung kann hier im Hinblick auf Art. 48 nicht durch die Lehre von der staatlichen Funktionenteilung bewiesen werden, da gerade der Diktaturartikel diesen Grundsatz unter dem Gesichtspunkt der Zuständigkeitsverschiebung zugunsten einer Gewaltenvereinigung durchbricht. Dann kann man aber entweder den R.P. als ein Organ gelten lassen, das in seiner Tätigkeit lediglich durch das Recht des Reichstags beschränkt ist, Aufhebung der Maßnahmen zu verlangen, oder es werden neben den Reichstag alle anderen Organe gesetzt mit derselben vollen rechtlichen Geltung. Dadurch verwandelt sich das „Organisationsminimum unversehens in das „Organisationsmaximum" (13). Juristisch aber läßt sich keine Grenzziehung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Teilen der verfassungsmäßigen Organisation vornehmen.

Die Lehre Jacobis, der einen Eingriff in die organisatorischen eher als in die grundrechtlichen Vorschriften zulassen will, steht im Widerspruch zu diesem Ergebnis, das ja — lehnt man die fast unbeschränkte, reine Diktatur ab — gerade die organisatorischen Bestimmungen nicht angetastet wissen will.

Eine zwingende Begründung für die Möglichkeit in die (gegenüber den grundrechtlichen) „weniger widerstandsfähig" erscheinenden organisatorischen Bestimmungen einzugreifen, hat Jacobi nicht erbringen können. Leugnet man die Zulässigkeit von Rechtsverordnungen auf grundrechtlichem Gebiete, so ist daraus nicht das Recht zu Eingriffen in organisatorische Bestimmungen abzuleiten, es sei denn, daß „der Diktaturartikel eine von den übrigen Verfassungsartikeln abweichende Sonderregelung vornimmt" (15). Bei Feststellung der Unantastbarkeit von Verfassungsbestimmungen darf man nicht eine sachliche Gruppe herausgreifen; vielmehr muß die Verfassung als einheitliches Ganzes, die Einzelbestimmungen müssen als einander gleichwertige Teile betrachtet werden.

Schmitt selbst nennt Art. 48 „nur Bestandteil einer in Kraft vertretenen Verfassung".[3] Daraus hätte er den der herrschenden Lehre entsprechenden Schluß ziehen müssen, daß Eingriffe in diese Verfassung durch eine aus ihr hergeleitete Gewalt an sich nicht zulässig sind, sondern nur insoweit, als es die Verfassung ausdrücklich für zulässig erklärt, also hinsichtlich der 7 aufgezählten Grundrechte.

Schmitt zieht aber nur folgende Schlüsse: 1. Eine Verfassungsänderung ist mit Hilfe des Art. 48 unzulässig, 2. verfassungsmäßige Einrichtungen als solche und die Verfassung als Ganzes könne nie-

3) Veröffentl. d. Vereinigung d. D. Staatsrechtslehrer, S. 92.

mals eine Gefährdung im Sinne einer Verfassungsbestimmung bedeuten, 3. Art. 48 enthält in sich ein Minimum von Organisation, welches infolgedessen in seinem Bestand und in seinem Funktionieren nicht behindert werden darf. Dagegen sind solche Maßnahmen zulässig „welche in einzelne Verfassungsbestimmungen eingreifen und dadurch Ausnahmen schaffen, ohne die Verfassung aufzunehmen"[4] (15, 16). Daß eine Verfassungsänderung mit Hilfe des Art. 48 unzulässig ist, hat Schmitt damit zu begründen versucht, daß die in Art. 48 gegebenen Befugnisse selbst auf der Verfassung beruhen, einer auch nach Nawiasky (16) „gänzlich unzulänglichen" Begründung. Denn an sich wäre eine Verfassungsvorschrift für den Ausnahmefall gegenüber dem Regelfall des Art. 76 für Verfassungsänderungen wohl möglich, zumal ja der Reichstag auf Grund des Art. 76, wenn der Reichsrat von seinem Einspruchsrecht keinen Gebrauch macht, das Recht zu Verfassungsänderungen im Wege der Gesetzgebung hat, ein Recht, das ebenfalls auf der Verfassung beruht. Wenn aber Art. 48 einen besonderen Weg für Verfassungsänderungen nicht vorsieht, so bleibt dafür eben nur der allgemeine Weg der Verfassungsänderungen durch Gesetz auf Grund des Art. 76.

Nawiasky kommt daher zu folgendem Schluß: Art. 48 gibt „nicht eine unbeschränkte Generalermächtigung zu allen der Widerherherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dienenden Akten, mögen sie nun in die anderen Verfassungsartikel eingreifen oder nicht, sondern nur eine beschränkte Ermächtigung, die vor anderen Artikeln der Verfassung Halt macht. Warum dann aber gerade nur beispielsweise vor Art. 76 und nicht vor allen anderen Artikeln, ist nicht einzusehen." (17).

Graf zu Dohna hat auf dem Heidelberger Deutschen Juristentag 1924 den Satz aufgestellt: „Verfassungsändernd im weiteren Sinne ist jedes Gesetz, dessen Inhalt mit dem Inhalt der Verfassungsurkunde in Widerspruch steht." Hieran ist festzuhalten und demnach eine Unterscheidung im materiellen Sinne zwischen Verfassungsänderungen und Verfassungsdurchbrechungen abzulehnen. Wenn aber, folgt man den Lehren Schmitt-Jacobis, auf Grund des Art. 48 nur Verfassungsänderungen im Sinne von Aenderungen der Verfassungsurkunde unzulässig sind, so ergibt sich (nach Nawiasky 17/19) als notwendige Folge nicht nur die Zulässigkeit von Verfassungsdurchbrechungen, sondern auch die Möglichkeit ohne formelle Aenderung der Verfassungsurkunde eine materielle Verfassungsänderung vorzuneh-

4) Veröffentl. S. 93.

men! Für Abänderung von Einzelbestimmungen ohne formelle Verfassungsänderung gilt der Weg des Art. 76 RV. ebenso wie für Verfassungsdurchbrechungen; solche mit Hilfe des Art. 48 vorzunehmen, ist nach Nawiasky aber unzulässig: „So führt die Ausnahme der Verfassungsänderung mit zwingender Konsequenz zu der Ausnahme jedes Eingriffs in die Verfassung." (19).

Kann man dieser Begründung folgen? Nawiasky stellt selbst fest, daß es etwas ganz anderes sei, „wenn der Diktaturartikel selbst eine von den übrigen Verfassungsartikeln abweichende Sonderregelung vornimmt (15)". Art. 48 trifft aber eine solche Sonderregelung; wenn daher das zur Vornahme bestimmter Handlungen in Ausnahmefällen ermächtigte Organ Anordnungen trifft, die auf dem Boden dieser Ermächtigungen stehen, kann es sich nicht um unzulässige Verfassungsdurchbrechungen handeln. Zu diesem Ergebnis kommt auch Dettmann,[5] der diesen Widerspruch der Nawiasky'schen Darlegungen aufdeckt: „Eben weil die Verfassung in einer ihrer Bestimmungen für den Ausnahmefall Abweichungen vom Regelrecht, Durchbrechungen des Regelrechts zuläßt, sind diese nicht verfassungswidrig. Der Leitsatz des Heidelberger Juristentages kann sich also nur auf solche Verfassungsdurchbrechungen beziehen, die nicht auf einer Verfassungsbestimmung selbst beruhen, sondern ohne eine solche grundsätzliche Ermächtigung die Verfassung durchbrechen. Solche Durchbrechungen sind dann allerdings Verfassungsdurchbrechungen."

Es erübrigt sich, auf die Feststellung, daß die Verfassung als solche und ihre Einrichtungen nicht als Gefährdung oder Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne des Art. 48 Abs. 2 in Frage komme, näher einzugehen, da sich das eigentlich von selbst versteht. Nawiasky zieht hier einen Vergleich zwischen der herrschenden und der Schmitt-Jacobi'schen Lehre, sowie der im Hitler-Prozeß durch v. Kahr vertretenen Auffassung, der erwähnenswert erscheint: „Der Unterschied besteht ja nur darin, daß die neue Theorie grundsätzlich alle Verfassungsartikel mit Ausnahme des Art. 48 und seinen Dependenzen dem Diktator im gewissen Umfange zur Verfügung stellt, während Herr v. Kahr auch noch Art. 48 selbst hinzufügt. In welchem Abstand davon steht die herrschende Lehre, die das Betätigungsgebiet der außerordentlichen Machthaber auf 7 Artikel beschränkt." (20).

Normale Ordnung im Staat und außergewöhnliche Situationen sind durch die Reichsverfassung berücksichtigt; eine Würdigung muß

---

5) Dettmann, Diss Breslau 1927, S. 47.

im Rahmen der ganzen Verfassung erfolgen. Die Beweisführung hinsichtlich der Machtvollkommenheiten muß negativ geschehen: Es ist zu beweisen, inwieweit die Machtvollkommenheiten auf Grund des Art. 48 an den übrigen Verfassungsbestimmungen **keine** Schranken finden (21). Einen weiteren Widerspruch sieht Nawiasky darin, daß Jacobi die Fälle „Verfassungssondernorm“ und „verfassungswidriger Durchführungsakt“ in dem Begriff „Verfassungsdurchbrechung“ vermengt (22), „aus der Zulässigkeit des ersteren auf die Zulässigkeit des zweiten schließt und damit dasselbe tut, wie wenn man einen Begriff der Abweichung von dem Regelrecht aufstellen wollte, der Spezialgesetz und rechtswidrige Handlung zusammenfaßt, und, weil das erstere rechtlich gestattet ist, auch die letztere für rechtlich gestattet erklären wollte“ (23). Hier läßt sich ebenfalls der Schluß ziehen: Soweit nichts Gegenteiliges bestimmt ist, ist die Verfassung dem Zugriff der Diktaturgewalt entzogen.

Nawiasky sieht die Schmitt-Jacobi'sche Lehre folgendermaßen: Durch Art. 48 werden die anderen Verfassungsartikel im Sinne der Zulässigkeit von Eingriffen der Diktatoren modifiziert mit einem bezüglichen Vorbehalt behaftet.“ (26). Da die neue Lehre mit deutlicher Spitze gegen das argumentum e contrario der herrschenden Lehre arbeitet, die alle nicht in Art. 48 aufgezählten Grundrechte als unantastbar bezeichnet, stellt Nawiasky bei Schmitt-Jacobi ein ähnliches argumentum e contrario fest: Hier wird mit der Undurchbrechbarkeit der nicht aufgezählten Grundrechte die Durchbrechbarkeit organisatorischer Normen bewiesen.

In der Begriffsbestimmung der „Maßnahmen“ tritt die Tendenz zutage, die Befugnisse des R. P., die zunächst durch die neue Lehre äußerst weit gespannt werden, zu beschränken. Nawiasky unterzieht dies einer eingehenden Würdigung. (27/29).

Nach Schmitt steht neben den Maßnahmen, die auf ein „bloß faktisches Vorgehen“ abgestellt sind, zu denen auch Verordnungen und generelle Anordnungen, die sich durch Zweckabhängigkeit von der konkreten Sachlage auszeichnen, treten, ein „normales, formalisiertes Rechtsverfahren“, für das als Beispiel das richterliche Urteil und die Rechtsnorm angeführt wird. An die Stelle der Rechtsform tritt als entscheidendes Kriterium der Rechtsinhalt. Die Zweckabhängigkeit von der konkreten Sachlage läßt sich nur durch Zweckmäßigkeitserwägungen des Handelnden bestimmen. Die Schranke liegt im Wortlaut des Art. 48: Nur die zur „Wiederherstellung“ der öffentlichen Sicherheit und Ordnung „nötigen“ Maßnahmen sind zulässig, die aufgezählten Grundrechte können nur „vorübergehend“

außer Kraft gesetzt werden. Diese Schranken sind es, die generelle Anordnungen, die auf unabsehbare Zeit Geltung beanspruchen, ausschließen, nicht die Tatsache, daß es keine „Maßnahmen" wären. (28).

Jacobi faßt ebenfalls tatsächliche und juristische Handlungen unter den Begriff der „Maßnahmen" zusammen, mit den Schranken, die sich aus dem den Grundrechten innewohnenden Vorbehalt ihrer Durchbrechbarkeit durch formelles Gesetz ergeben. Hinfällig würde ein solcher Vorbehalt durch eine allgemeine Ermächtigungsnorm für die Behörden; er verlangt zum mindesten eine „spezialisierte Erlaubnisnorm". Art. 48 enthält aber nur eine generelle Ermächtigung, weswegen auch ein Verordnungsrecht des R. P. auf grundrechtlichem Gebiete nicht bestehen könne, d. h. soweit es sich um andere als die 7 suspendierbaren handelt. Auf diesem Wege kommt dann Jacobi zu der Zulässigkeit von Eingriffen nicht nur auf die ausdrücklich aufgezählten Grundrechte, als vielmehr auch in die organisatorischen Bestimmungen der Reichsverfassung. Nawiasky weist demgegenüber darauf hin, daß dort, „wo ex professo über die Bedeutung des Vorbehaltes des Gesetzes gesprochen wird, ausdrücklich nur jene Grundrechte in Rechnung gestellt werden, die diesen Vorbehalt aussprechen" (30),[6] andererseits aber „bei der Auswertung der darauf aufgebauten Lehren von der Unzureichendheit der allgemeinen Diktaturermächtigung zu Eingriffen in den Bereich der Grundrechte dieser Einschränkung stillschweigend fallen gelassen und dem R. P. die Einwirkung auf jedes Grundrecht abgesprochen wird, sofern es nicht durch die Außerkraftsetzung seines Charakters entkleidet wird" (31).[7] Ein Gegensatz besteht tatsächlich nur zwischen den Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt und allen übrigen Verfassungsvorschriften, zu denen auch die Grundrechte ohne Vorbehalt zu zählen sind; Jacobis Scheidung zwischen grundrechtlichen und organisatorischen Bestimmungen findet nirgends eine Stütze.

Gerade aus dem Vorbehalt des Gesetzes ließe sich die Folgerung ziehen, daß ein Eingriff in jene Grundrechte auf Grund des Art. 48 unzulässig, in diejenigen ohne Gesetzesvorbehalt zulässig sei, so in Art. 109, 113, 114 II, 116, 118 II, 123, 124 I, 126 usw. Nun gibt es zwar unter den in Art.48 aufgezählten Grundrechten wiederum solche mit und ohne Gesetzesvorbehalt, zu den letzteren gehören die Art. 114 II, 118 II, 123, 124. Da die neue Lehre unter Außerkraftsetzung etwas völlig anderes versteht als den

6) Veröffentl., S. 110, 116.
7) Veröffentl., S. 117.

Erlaß von Verordnungen, die zu den positiven Maßnahmen gehören, darf es keinen Unterschied geben, „ob die vorbehaltlosen Grundrechte suspendierbar sind oder nicht, bezw. weiter, wenn suspendierbar, auch tatsächlich suspendiert sind“, zumal es ja auf den formell gesetzlichen Vorbehalt ankommen soll. Daraus ergeben sich eigenartige Konsequenzen, denen man nur dadurch begegnen kann, daß man auf andere Art eine Begründung für die Unzulässigkeit bestimmter Verordnungen findet.

Nawiasky geht von den Grundrechten ohne Vorbehalt aus und sagt: Die Verfassung will hier ein Rechtsgut sichern, daß sich jeder Einwirkung des Staates, selbst von seiten der Gesetzgebung, entziehen will. (33). Diese Schranke besteht auch gegenüber dem Diktaturorgan, es sei denn, daß das vorbehaltlose Grundrecht suspendierbar ist. Ist ein solches Grundrecht suspendierbar oder insbesondere schon suspendiert, besteht kein Hindernis für diktatorische Eingriffe auf diesem Gebiet.

Es ergibt sich nunmehr folgendes: Nach Jacobi sind Verordnungen auf grundrechtlichem Gebiete mit Gesetzesvorbehalt unzulässig; daraus läßt sich dasselbe für die Grundrechte ohne Vorbehalt nicht folgern, zu einem Schutz diesen gegenüber gelangt man auf anderem Wege. Als Voraussetzung war die Gleichberechtigung der übrigen Verfassungsartikel neben den Diktaturbestimmungen festgehalten worden; andere Verfassungsartikel bilden gegenüber dem Diktaturartikel eine Schranke, die erst in dem Augenblick fällt, in dem von der Verfassung durch Aufstellung einer Sondernorm dies ausdrücklich bestimmt wird. „Also ist der Grund für die behauptete Schranke des Diktaturparagraphen in dem Widerspruch mit dem anderen Verfassungsartikel gelegen.“ (34). Aus der Gleichartigkeit aller Verfaassungsvorschriften im Verhältnis zur Diktaturvorschrift ergibt sich daher: Dem Diktator ist ein Eingriff weder in die durch Art. 48 nicht für suspendierbar erklärten Grundrechte noch in die organisatorischen Verfassungsbestimmungen verwehrt. (35).

Nawiasky kommt nach Aufdeckung aller dieser inneren Widersprüche zu dem Schluß: Die neue Lehre ist nicht haltbar; er unterzieht dann die von Schmitt und Jacobi geübte Kritik einer Antikritik (36), durch die er die hinsichtlich der „theoretischen Konstruktion“, der „Darlegung der Entstehungsgeschichte“ und der „praktisch-politischen Handhabung der eingeräumten Machtvollkommenheiten“ an der herrschenden Lehre geübte Kritik Schmitt-Jacobis mit dem Erfolg einer Rechtfertigung der herrschenden Lehre („soweit es sich nicht um mißbräuchliche Handhabung der Praxis handelt (46)“) widerlegt.

Zu erwähnen ist noch, daß Dettmann, der ebenso wie Schwalb, Art. 48 als Zuständigkeitsnorm wertet, die Frage nach der Durchbrechbarkeit der Reichsverfassung durch Maßnahmen auf Grund des Art. 48, Abs. 2, bejaht.[8] Die Lehre von der Zuständigkeitsverschiebung, die sich im übrigen auch mit der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung im Einklang befindet, deckt sich auch mit der positiven Lehre Nawiaskys, dessen gegenteiliges Ergebnis hinsichtlich der Durchbrechbarkeit hier auf eine, wie oben schon angedeutet, verschiedene Auffassung des Heidelberger Leitsatzes über Verfassungsdurchbrechung und Verfassungsänderung zurückzuführen ist. Es dürfte sich erübrigen, auf diese Frage im einzelnen einzugehen. Zusammenfassend sei festgestellt, daß die durch die Schmitt-Jacobi'schen Theorien stark angegriffene herrschende Lehre von Nawiasky im wesentlichen gerettet ist; der Reichspräsident darf andere als die in Art. 48 Abs. 2 aufgezählten Grundrechte nicht außer Kraft setzen, keine Verfassungsänderung, also durch Einzelmaßnahmen auch nicht Verfassungsdurchbrechungen vornehmen.

Zweck dieser Erörterungen war vor allem, den Stand der heutigen Lehre darzustellen, die bei dem richterlichen Prüfungsrecht von Ausnahmeverordnungen in materieller Hinsicht bezüglich der rechtlichen Voraussetzungen von Bedeutung ist.

3. Parlamentarische und richterliche Kontrolle als Sicherung gegenüber diesen Vollmachten.

Gegenüber den Diktaturvollmachten des RP. hat Art. 48 selbst eine Sicherung geschaffen: von allen gemäß Art. 48, Abs. 1 und 2, getroffenen Maßnahmen hat der RP. unverzüglich dem Reichstag Kenntnis zu geben. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichstages außer Kraft zu setzen. Diese Bestimmung bildet zusammen mit Art. 50 RV., wonach alle Anordnungen und Verfügungen des RP. zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung durch den Reichskanzler oder den zuständigen Reichsminister bedürfen, die sogen. parlamentarische Kontrolle.

Von Bedeutung ist noch die Frage, ob die Aufhebung der Diktaturmaßnahme nur durch den RP. selbst oder auch durch ein vom Reichstag beschlossenes Gesetz vorgenomemn werden kann. Der Einwand, daß durch einen derartigen Gesetzesbeschluß „die Zuständigkeitsverteilung umgangen würde", kann nicht überzeugen. Mit

---

8) Dettmann, Diss. Breslau 1924, S. 46; Schwalb in DJZ. 1924, S. 692.

Recht wird demgegenüber darauf hingewiesen, daß die Erteilung der besonderen Befugnis an den Reichstag, die Aufhebung zu verlangen, keine Beschränkung des ordentlichen Gesetzgebers enthalten sollte. „Wenn diese besondere Befugnis nicht bis zu einer unmittelbaren Aufhebung erweitert worden ist, so war das Motiv, zu verhüten, daß übereilte Beschlüsse ohne Uebergangsregelung sofort wirksam würden“.[1] Das Gesetzgebungsverfahren bietet hiergegen selbst die nötige Sicherheit (Art. 70, 72, 73).

Mit der Feststellung der Regelung, die sich aus dem Verhältnis von Art. 48 zu Art. 50 RV. ergibt und die gleichzeitig die Diktaturmacht des RP. begrenzt, ist einer weitgehenden Bejahung richterlichen Prüfungsrechts gegenüber den Diktaturmaßnahmen und -verordnungen bereits eine Stütze geraubt. Denn dem der Idee des Rechtsstaatsgedankens entsprechenden Wunsche einer Kontrolle der Diktaturmaßnahmen ist durch diese Regelung schon bis zu einem gewissen Grade Genüge geleistet. Die andere Art einer Kontrolle, die Rechtskontrolle, hat in der Verfassung keinen Platz gefunden. Ebenso gibt es keinen Rechtsmittelzug gegenüber den Diktaturverordnungen. In vielen Fällen aber hat in der Praxis bei Erlaß von Verordnungen auf Grund des Art. 48 der RP. gleichzeitig einen Rechtsmitelzug und somit eine Kontrollmöglichkeit seiner eigenen Anordnungen eingeschaltet. Umfang und Grenzen dieser Rechtsmittel zu bestimmen, liegt jedoch durchaus im Ermessen des verordnenden Diktators. Es fragt sich nur: deutet das Schweigen der Verfassung, da sie keine richterliche, wohl aber eine politische Kontrolle kennt, auf den Willen des Verfassungsgesetzgebers, die politische Kontrolle ausschließlich gelten zu lassen? Das ist zu bejahen. Wie für die Sicherheit des Staates gesorgt wird, ist letzten Endes eine politische Frage, über die die höchsten politischen Organe zu entscheiden haben.[1] Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß es der Stellung des Reichstages innerhalb der Reichsorganisation widersprechen würde, wollte man die Bedeutung dieser Prüfung herabdrücken.[2]

Nun vertritt Triepel[3] allerdings den Standpunkt, daß es „unrichtig, zum mindesten ungenau“ sei, die „Rechtsstreitigkeiten den

1) Poetzsch-Heffter, Anm. 16, Art. 48, S. 252.

2) So auch Grau: die RV. vertraut diese Entscheidung (nämlich, ob die vorhandenen Gefahren groß genug waren, um ein Eingreifen mit außerordentlichen Mitteln zu rechtfertigen oder nicht) politischen Organen an, die mittelbar oder unmittelbar vom Vertrauen des Volkes getragen sein müssen und deshalb besonders geeignet erscheinen, eine Entscheidung zu treffen, von der die Sicherheit, ja vielleicht der Bestand des Staates abhängt. Es kommt hinzu, daß die Verfassung eine Kontrolle der Diktatur durch den Reichstag vorsieht, a. a. O. S. 154.

2) So Grau a. a. O. — Hieraus scheint mir klar der Wille des Gesetzgebers hervorzugehen, eine politische Frage einer politischen Instanz zur Kontrolle zu unterwerfen.

3) Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, S. 15.

politischen Streitigkeiten oder den Streitigkeiten über Fragen der Zweckmäßigkeit, insbesondere natürlich der politischen Zweckmäßigkeit" gegenüberzustellen und verneint einen scharfen Gegensatz, wie später einen Gegensatz überhaupt, zwischen Zweckmäßigkeits- und Rechtsfragen wie zwischen politischen und Zweckmäßigkeitsfragen.

Triepel weist überzeugend nach, daß „die Frage nach der Uebereinstimmung zwischen dem Handeln und dem rechtlichen Maßstabe des Handelns eine Rechtsfrage ist, ebenso wie es eine Reihe von Rechtsfragen gibt, die gleichzeitig politische Fragen sind. So steht es auch mit den Fragen der politischen Zweckmäßigkeit, die uns hier in erster Linie interessieren. Denn tatsächlich — und darin ist Triepel unbedingt beizupflichten — ist die Frage, ob das Handeln des betreffenden Organs „erforderlich", „zweckmäßig" war, ob ein „Bedürfnis" vorlag, kurz, ob überhaupt der Handelnde sich in dem durch die ermächtigende Norm hinsichtlich der Voraussetzungen gezogenen Schranken gehalten hat, eine Rechtsfrage. Aber ich glaube nicht, daß dies Verhältnis vom Handeln vom rechtlichen Maßstab des Handelns — wie z. B. Neuwiem[4] es versucht — zu einer rechtlichen Begründung richterlichen Prüfungsrechts gegenüber politischen Zweckmäßigkeitsfragen herangezogen werden kann. So läßt auch Triepel diese Frage offen: Es kann ja sein, daß das Gesetz dem Adressaten eines Befehls oder einer Ermächtigung die uneingeschränkte Freiheit lassen will, die Uebereinstimmung seines Tuns mit dem durch den Zweck angegebenen Maßstabe zu beurteilen, daß es ihm hierin „freies Ermessen" gibt. Dann darf der Richter das Urteil des Gesetzesadressaten über die Zweckmäßigkeit nicht durch sein eigenes Urteil ersetzen. — Die vorliegenden Erörterungen sollen aber die parlamentarische (oder politische!) und richterliche Kontrolle über die Verordnungen und Maßnahmen des RP. gegenüberstellen. Wie wir gesehen haben, schweigt die Reichsverfassung, während sie mehrere parlamentarisch-politische Sicherungen schuf, bei der Frage einer richterlichen Kontrolle. Aus mehreren Verfassungsbestimmungen vermag man, wie es versucht wurde, eine solche abzuleiten. Die Begründung des ablehnenden Standpunkts allerdings, daß ein Gerichtshof zur Entscheidung von Fragen, bei denen politische, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte in Betracht kommen, „schon an sich ungeeignet sei",[5] kann keineswegs aus sich heraus befriedigen. Das hieße für den Richter „urteilen, ob eine bestimmte Frage ihrer Natur nach ungeeignet ist, einem

4) Neuwiem, JW. 1925, S. 848.
5) Triepel, a. a. O., S. 96.

Richter vorgelegt zu werden,“[6] und kann einer rechtlichen Begründung nicht dienen. So sind diese Wege versperrt und auch Triepel beschreitet, wie Thoma, den Weg der Interessenabwägung, wobei er sie auf die Bedeutung der zu überprüfenden Staatsakte bezieht. Regelmäßig liegt bei der Verwaltung ein unüberprüfbares freies Ermessen hinsichtlich der Notwendigkeit und der Wahl der anzuwendenden Mittel; die richterliche Kontrolle tritt lediglich bei der Frage nach der „Recht- und Gesetzmäßigkeit“ ein. So hat in Preußen der Richter nach § 17 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. März 1850 “nicht die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit, sondern nur die gesetzliche Gültigkeit jener Vorschriften nach den Bestimmungen der §§ 5, 11 und 15 dieses Gesetzes in Erwägung zu ziehen“. Dabei ist zunächst festzustellen, ob der Gegenstand der Polizeiverordnung überhaupt in das Gebiet polizeilicher Tätigkeit fällt, die Prüfung ist beschränkt auf die Frage nach der Delegation des Erlasses der Polizeiverordnung an die Polizeibehörde, die sie erlassen hat, auf die Beobachtung gegebener Formvorschriften und endlich auf die Frage, ob die Verordnung gegen Gesetze oder Verordnungen höherer Instanzen verstößt. Insbesondere ist zu prüfen, „ob die Verordnung einen nach § 10 II 17 ALR. oder nach einer anderen Rechtsnorm der Polizei zur Wahrnehmung übertragenen Zweck verfolgt und ob, falls § 10 II 17 Anwendung findet, die übrigen Tatbestandsmerkmale des § 10 II 17 ALR. vorliegen.“[2] Aber was für die Reichsaufsicht nach Triepels Lehre gilt, muß für uns auch Geltung gegenüber den Akten der Diktaturgewalt beanspruchen: „Sie sind Handlungen, die den Zusammenhalt des ganzen, die Erhaltung der Lebensfähigkeit des Bundesstaats überhaupt zum Ziele haben. Sie sind actes de gouvernement, nicht actes administratifs“. Sie stehen gewiß nicht außerhalb der Rechtsordnung, sind darum auch nicht jeder Kontrolle, auch nicht jeder richterlichen Kontrolle entzogen. Aber die Bewertung der Interessen, die für ihre Ausübung bestimmend ist, kann, wenn die Einheitlichkeit und Zielsicherheit der Staatslenkung gewahrt bleiben soll, der Prüfung eines außerhalb der Regierung stehenden Organs nicht unterstellt werden, ebensowenig wie die Interessenabschätzung, die anderen hochpolitischen Akten, wie etwa der Auflösung des Par-

6) Triepel, a. a. O. S. 98.

7) v. Brauchitsch-Drews-Lassar, Bd. II, (Berlin 1928), S. 92; JKG. 4, 256; RGStr. 32, 231, 241; OVG. 77, 327. Allerdings soll sich die Nachprüfung einer Polizeiverordnung auch auf die Frage erstrecken können, ob sie rechtswidrig sei, weil sie „zur Erreichung ihres Zweckes völlig ungeeignete Maßnahmen vorschreibt.“ Vgl. ferner OVG. 23, 349; 67, 375; JKG. 49, 344. Zu Art. 48 RV. vgl. Brecht in v. Brauchitsch Drews-Lassar Bd. II (Berlin 1925) S. 46.

laments oder der Erklärung des Kriegs- oder des Ausnahmezustands (!) vorangeht. Solche Akte sind nicht nur in bezug auf die Frage des Ob, sondern auch in Bezug auf die Frage des Warum Akte eines unüberprüfbaren freien Ermessens".[8]

Wenn Triepel endlich aus dem Rangverhältnis von Gesetz zu Regierungsgewalt folgert, daß dies „erst recht" für die Akte der Gesetzgebung gelte, so ist das ein durchaus befriedigendes Ergebnis. „Der Gesetzgeber muß nicht nur Freiheit in der Wahl der Mittel haben, die er zur Erreichung eines Zieles anwenden will, sondern auch Freiheit in der Beurteilung der Umstände, die ihm die Setzung einer Norm geboten erscheinen lassen."

Das Schweigen der RV. deutet also auf folgenden Willen des Verfassungsgesetzgebers: das Vorhandensein der Voraussetzungen für ein Tätigwerden auf Grund des Art. 48, die Wahl der Maßnahmen sowie die Entscheidung darüber, ob und inwieweit sie erforderlich sind, wird durch ein Werturteil des erlassenden Organs, aus dessen freien und überprüfbaren Ermessen heraus gebildet. Dem gegenüber ist eine richterliche Kontrolle ausgeschaltet.

Nach zwei Richtungen hin ist allerdings dem Richter ebenfalls die Möglichkeit einer Kontrolle zu geben: er hat unbestritten das Recht, die Prüfung in formeller Hinsicht sowohl bezüglich der inneren, als auch der äußeren Formalien vorzunehmen. Das folgt aus den allgemeinen Grundlagen des Prüfungsrechts. Der Richter muß die Möglichkeit haben, einer Norm, die sich schon rein äußerlich als nicht bindendes Recht darstellt, die Anwendung zu versagen. Inwieweit dem Richter aber ein Recht zur Nachprüfung der materiellen Voraussetzungen gegeben werden muß, wird im einzelnen noch zu erörtern sein.

4. Die Gültigkeit der vom Reichspräsidenten auf Grund des Art. 48 RV. getroffenen Maßnahmen und Verordnungen.

Eine Nachprüfung der Rechtsgültigkeit von auf Grund des Art. 48 getroffenen Maßnahmen hat nur Zweck und Sinn, wenn die Rechtsgültigkeit der Weimarer Verfassung sowie Art. 48 selbst als unmittelbar anwendbares Recht vorausgesetzt worden. Es sei in folgendem noch auf Streitfragen verwiesen, die für das Bestehen dieser Voraussetzungen — wenigstens in theoretischer Hinsicht — von Bedeutung sind.

8) Triepel, a. a. O. S. 99/100.

a. Noch heute wird vielfach an der Rechtsgültigkeit der RV. gezweifelt. Diesen Zweifeln liegt der Gedanke an den Sturz der Regierung am 9. November 1918 zugrunde; die Arbeiter und Soldaten-Räte, die damals auf illegalem Wege die Gewalt an sich rissen, konnten durch staatsrechtlich gültigen Akt weder Regierung noch Rechtsnormen schaffen. Diese und ähnliche Gründe aber verstummen, je länger die RV. in Kraft ist. Auch die Gerichte haben sich auf den Standpunkt gestellt, daß die Rechtmäßigkeit der Begründung kein wesentliches Merkmal der Staatsgewalt sei und die erfolgreiche Abwehr von Angriffen politisch entgegengesetzter Gruppen genüge, der tatsächlich geübten Herrschaft die rechtliche Anerkennung zu sichern.[1] Hier liegt ein Punkt, in dem staatsrechtliche Theorie und Politik einander schneiden; die Entscheidung solcher Fragen wird häufig von staatspolitischer Einstellung abhängig sein. Da endlich die RV. durch die verfassunggebende deutsche Nationalversammlung, die ja vom ganzen Volke gewählt wurde, beschlossen ist, wird ein Zweifel an der Rechtsgültigkeit dieser Verfassung kaum mehr haltbar sein. Will man endlich die staatsrechtliche Gültigkeit der Einberufung der Nationalversammlung, die am 6. Februar 1919 zum ersten Mal in Weimar tagte, damit anzweifeln, daß die „Revolutionsregierung" rechtsgültige Akte dieser Art überhaupt nicht vornehmen konnte, so wird man sich doch dem Standpunkt des RG. anschließen müssen, den dieses in seiner Entscheidung am 21. Dezember 1921 einnahm: „Als abgeschlossen konnte der Staatsstreich und die damit erstrebte Verfassungsänderung erst in dem Augenblick gelten, wo der Widerstand der Gegenpartei zusammenbrach oder aufgehoben wurde". Dadurch ist auch der Zeitpunkt festgelegt, an dem das „neue Recht" seinen Einzug im deutschen Reiche hielt, dessen Krönung formell die am 31. Juli 1919 beschlossene und am 11. August 1919 ausgefertigte Verfassung bildet.[2]

b. Unter Bezugnahme auf Art. 48 Abs. 5 ist häufig auch bestritten worden, daß vor Erlaß des die Diktaturgewalt des RP. regelnden Reichsgesetzes Art. 48 der RV. unmittelbar anwendbares Recht sei. Jedoch haben Theorie und Praxis sich auch hier überwiegend auf einen anderen Standpunkt gestellt. Wenn der Abgeordnete Cohn in der 118. Sitzung der Nationalversammlung vom

---

1) RGStr. 53, 65, Urt. v. 4. April 1919.

2) Die RV. ist am 14. August 1919 mit dem Tage ihrer Verkündung (RGBl. Nr. 152) gem. Art. 181 S. 2 in Kraft getreten. An demselben Tage traten gemäß Art. 178 I die aRV. v. 16. April 1871 und das Gesetz v. 16. April 1871 und das Gesetz über die vorläufige Reichsgewalt v. 10. Februar 1919 außer Kraft.

25. November 1919 auch erklärte, daß das Gesetz auf Grund des Art. 48, 5 ein Gesetz sei, „das das Recht des RP. erst lebendig und brauchbar mache", so sind diese Erwägungen wohl im Grunde politischer Natur. Verweisen doch auch außerdem andere Artikel der RV. auf noch zu erlassende Reichsgesetze, deren Gültigkeit vor Erlaß dieser Reichsgesetze nicht bestritten wird. Die rechtliche Natur des auf Grund von Art. 48, 5 zu erlassenden Gesetzes würde sich als die eines Ausführungsgesetzes darstellen, das eine nähere Regelung der Bestimmungen des Art. 48 enthält.[3] In der 46. Sitzung vom 4. Juli 1919 stellte sich der Berichterstatter, Abgeordneter Dr. v. Goebel, in der 47. Sitzung vom 5. Juli 1919 der Abgeordnete v. Delbrück auf denselben Standpunkt. v. Delbrück[4] stellte ferner zu den Ausführungen des Abgeordneten Dr. Graf zu Dohna die Interpretation fest, daß „solange ein Reichsgesetz nicht ergangen ist, die Befugnis der RP. eine unbeschränkte sei".[5]

Die Streitfrage, ob Art. 48 RV. unmittelbar anwendbares Recht sei, ist daher als im Sinne der herrschenden Lehre erledigt anzusehen.[6]

5. Die rechtliche Natur der Maßnahmen.

Ein einheitlicher Begriff läßt sich für die Maßnahmen des RP., die er auf Grund des Art. 48 trifft, nicht geben. Welcher Auffassung man in der Nat.-Vers. war, geht aus den Worten des Abgeordneten Dr. Cohn hervor:[1] „zunächst — und ich rufe hier das Zeugnis aller Mitglieder des Verfassungsausschusses an — hat, als wir die Verfassung berieten, niemand von uns auch nur entfernt mit der Möglichkeit gerechnet, daß die Maßnahmen im Sinne des Art. 48, die der RP. zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung treffen dürfte, etwas anderes seien als äußerliche Anordnungen zur Wiederherstellung eines gestörten Sicherheits- und Ruhestandes". Dieser Begriff hat sich aber dann immer mehr erweitert, sodaß noch in derselben Sitzung der damalige Reichsjustizminister Schiffer erklärte, „eine Einschränkung

3) Vielleicht auch, wie Preuß a. a. O. S. 105 sagt, „rechtliche Einschränkungen der diktatorischen Vollgewalt" bringen wird. Aehnlich RGStr. 56, 190.

4) Sten. Ber. 1304, 1335.

5) So auch RGStr. Bd. 55 S. 115, Urteil v. 29. Okt. 1920. — Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, „daß der RP. bis zur Erlassung des in Art. 48 Abs. 5 vorgesehenen Reichsgesetzes jede Maßnahme treffen kann, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erforderlich ist". RGStr. 55 S. 116. — Vgl. auch RGStr. 56, 189.

6) Damit fällt auch das alte BZG., das gemäß Art. 178 Abs. 2 RV. außer Kraft getreten ist.

1) 147. Sitzung v. 3. März 1920, Bd. 332, S. 4642.

hinsichtlich der Maßnahmen sei nicht vorgesehen und daher Maßnahmen aller Art, der Gesetzgebung, der Verwaltung wie auch rein tatsächliche Maßnahmen und Vorkehrungen zulässig". Wenn in der Nat.-Vers. daraus gefolgert wurde, daß der R.P. auch Maßnahmen gegen bestehende Gesetze ergreifen könne, so ist dem beizustimmen; es ist aber daran festzuhalten, daß, diese aus dem Wesen der Diktaturgewalt folgende Befugnis nur vorübergehender Art sein kann.

Ebenso ergibt sich aus Zweck und Wesen dieser Diktaturbefugnisse, daß Form und Inhalt dieser Maßnahmen von Fall zu Fall verschieden sein werden.[2] Auch das RG. hat sich wiederholt mit dem Begriff der Maßnahmen befaßt, so stellt es einmal fest,[3] daß die Maßregeln, die der RP. zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung trifft, „je nach ihrem Inhalt entweder bloße Verwaltungsanordnungen, wie z. B. das Einsetzen der bewaffneten Macht, oder aber Rechtsverordnungen" sind. Im einzelnen wird sich daher die rechtliche Natur einer Maßnahme bestimmen lassen durch die Einzelarten des Verordnungsrechts[4] überhaupt in Verbindung mit der Delegation an den RP. durch Art. 48.

Es ist besonders darauf hinzuweisen, daß es sich bei den Verordnungen auf Grund des Art. 48 nicht um Not-, sondern um Ausnahmeverordnungen handelt, eine begriffliche Scheidung, die sich im deutschen Staatsrecht herausgebildet hat.[5] Als grundlegender Unterschied ist festzuhalten, daß die Notverordnung nur im Falle der Behinderung der gesetzgebenden Funktion, d. h. also meist bei Nichtversammeltsein des Parlaments erlassen werden kann,[6] während die Ausnahmeverordnung an diese Voraussetzung nicht gebunden ist. Die Notverordnung muß ferner dem Parlament zur nachträglichen Genehmigung vorgelegt werden, während die Ausnahmeverordnung, dies ist besonders wichtig bei der Regelung des Art. 48, dem Reichstag lediglich zur Kenntnis gebracht zu werden braucht; ein Genehmigungsrecht steht dem Reichstag nicht zu, er kann nur die Aufhebung verlangen. Das Notverordnungsrecht ist ein Akt außerordentlicher Gesetzgebung, wie Grau sagt „ein

---

2) So Schmitt, „Die Diktatur des RP." in: Veröffentlich. S. 97.

3) RGStr. Bd. 55 S. 121.

4) Den Begriff der VO. vgl. Meyer-Anschütz 668; Laband, S. 85, Bd. 2; Stier-Somlo 1924, S. 333; Hatschek, Verwrecht 1924, S. 50.

5) Vgl. Grau a. a. O. S. 17.

6) Ein typisches Beispiel für ein Notverordnungsrecht gibt die PrV. v. 1920. Nach Art. 55 PrV. hat das Staatsministerium das Recht, wenn die Aufrechterhaltung der öff. Sicherheit oder die Beseitigung eines ungewöhnlichen Notstandes es dringend erfordert, sofern der Landtag nicht versammelt ist, in Verbindung mit dem sogenannten Kleinen Land-

Verlegenheitsbehelf der Gesetzgebung",[7] das Recht zum Erlasse von Ausnahmeverordnungen ist ein vorübergehendes, d. h. zeitlich begrenztes Gesetzgebungsrecht einer außerordentlichen Staatsfunktion. Für das richterliche Prüfungsrecht hat dies die Bedeutung, daß die Notverordnungen, die gemäß Art. 55 PrV. ausdrücklich mit Gesetzeskraft[8] ausgestattet sind, vom Richter wie Akte der ordentlichen gesetzgebenden Gewalt zu behandeln sind.

Inwieweit dieAusnahmeverordnungen des R.P. als Sicherheitspolizeiverordnungen zu werten sind, hat für das richterliche Prüfungsrecht keine wesentliche Bedeutung. Nach einer solchen Begriffsbestimmung ließe sich höchstens die Umgrenzung der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit, sowie der Zweckabhängigkeit ableiten.[9] Jedoch scheint es mir richtiger, die rechtliche Natur der Maßnahmen aus dem Wesen der Diktaturgewalt und deren Einordnung in das System der staatlichen Funktionenteilung, wie ich sie oben darzulegen versuchte, abzuleiten.

b. Subjekt und Objekt der richterlichen Prüfung.

1. Die Gerichte.

Als Gerichte, die zu einer Nachprüfung in Frage kommen, sind zunächst die ordentlichen Gerichte gemäß § 12 GVG. zu nennen.[1]

Ferner die auf Grund § 14 GVG reichsrechtlich zugelassenen Sondergerichte und die reichsrechtlich besonders bestellten. Wesentlich ist bei dieser Frage, auf welche Gerichte der Grundsatz der richterlicher Unabhängigkeit anzuwenden ist. Dies war früher z. B. den Verwaltungsgerichten bestritten. Gemäß Art. 107 in Verbindung mit Art. 102 RV. ist auch den Verwaltungsgerichten nun-

tag, (dem auf Grund des Art. 26 PrV. bestellten Ausschuß), Verordnungen, die der Verfassung nicht zuwiderlaufen, mit Gesetzeskraft zu erlassen. Diese Verordnungen sind dem Landtage bei seinem nächsten Zusammentritt zur Genehmigung vorzulegen. Der Landtag kann diese Genehmigung verweigern, die VO. ist dann alsbald außer Kraft zu setzen. Vgl. auch Art. 63 PrV. v. 31. 1. 1850 und Art. 10 des Gesetzes zur vorl. Ordnung der Staatsgewalt in Preußen vom 20. 3. 1919.

7) Vgl. Grau a. a. O. S. 18.

8) Das ist für unsere Untersuchung insofern wichtig, als hier ausdrücklich auch die parlamentarische Kontrolle, ein Prüfungs- und Genehmigungsrecht, vorgeschrieben ist.

9) Vergl. hierzu den Streit, der die Literatur unter der Herrschaft des alten Rechts hinsichtlich des militärischen bezw. sicherheitspolizeilichen Charakters des Belagerungszustandes beschäftigte:
Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches II, IV (1914).
Haldy, Belagerungszustand in Preußen 1906, S. 24.
Haenel, Dtsch. Staatsrecht 1892 I S. 440.
Goldschmidt, Verf. u. Verfahren 1915, S. 5.
v. Rönne, Staatsrecht d. Dtsch. Reiches, 1876.
v. Mohl, Das dtsch. Reichsstaatsrecht, 1873.
Vgl. auch Art. 66, Abs. 2 aRV., der eine Art polizeiliches Ausnahmezustandsrecht mit dem Recht zur Heranziehung von Reichskräften den Bundesfürsten gewährte.

1) Vgl. auch Art. 103 RV.

mehr diese Unabhängigkeit gewährleistet.[2] Endlich kommen noch die vom RP. auf Grund des Art. 48 eingesetzten Gerichte in Frage. Das Recht zur Bildung dieser außerordentlichen Gerichte ist im Hinblick auf Art. 105 RV. häufig bestritten worden. Die herrschende Meinung steht heute aber auf dem Standpunkt, daß regelmäßig als Ausnahmegerichte im Sinne des Art. 105 nur solche zu betrachten sind, die für einen besonderen, bereits geschehenen Einzelfall eingesetzt werden. Als statthafte Sondergerichte dagegen sind solche zu bezeichnen, die im Voraus für bestimmte Gruppen von Fällen eingesetzt werden.[3, 4]

Es wird sich hier im wesentlichen um Strafgerichte handeln. Es ist zuzugeben, daß diese Unterscheidung das eigentliche Wesen des Ausnahmegerichts, dessen Bestellung im Gegensatz zu dem Gleichheitssatz des Art. 109 RV. tritt, nicht genügend würdigt[5] Negativ ausgedrückt: „Ausnahmegericht im Sinne des GVG. und des Art. 105 RV. ist das nicht gesetzliche Gericht, d. h. zunächst ein Gericht, das im Sinne von § 12 und § 13 des GVG. nicht ordentliches Gericht ist, das aber ferner nach § 13 des GVG. auch nicht als besonderes Gericht (Sondergericht) reichsgesetzlich bestellt oder zugelassen ist, und schließlich auch kein Verwaltungsgericht nach Landesrecht ist."

Inwieweit solche Gerichte, die nicht zur eigentlichen ordentlichen Gerichtsbarkeit zu zählen sind, z. B. Schiedsgerichte und dergl. bei einer Nachprüfung in Frage kommen, wird sich danach richten, inwieweit ihnen anerkanntermaßen die richterliche Unabhängigkeit zusteht. Daß Art. 102 nicht auf jeden Verwaltungsbeamten, dem eine Streitigkeit zur Entscheidung vorliegt, anzuwenden ist, leuchtet ein.[6]

2. Die Maßnahmen und Verordnungen des RP.

Wie ich schon oben darlegte, läßt sich eine einheitliche rechtliche Norm für den Begriff der Maßnahmen nicht bilden. Zur Abgrenzung des Begriffes auf das vorliegende Thema, das ein Nach-

2) So Gröber, StenBer. 2118: die richterliche Unabhängigkeit findet Anwendung auch auf die Richter der außerordentlichen Gerichtsbarkeit, der Verwaltungsgerichte und des Staatsgerichtshofes, auf Richter jeder Art. — Anschütz, Komm. zu Art. 102 Anm. 7, S. 281; Giese Art. 102 S. 280; Richard Schmidt a. a. O. S. 436 ff.

3) Vgl. Anschütz, Art. 105, Anm. 3 b S. 286; Bühler, Komm. Art. 105 S. 83; Graf zu Dohna in Sten.Ber. 1332; Elze, a. a. O. § 20 S. 125; Giese Art. 105 S. 287; Grau, a. a O. S. 129 ff.;Spahn, StenBer. 4642; RGStr. Bd. 56, S, 164.

4) Vgl. die VO. des RP. über die Bildung außerordentlicher Gerichte v. 29. März 1921 in Verbindung mit der VO. v. 14. April 1921. RGBl. S. 371 bezw. S. 689.

5) So Poetzsch-Heffter, Art. 105, Anm. 2, S. 384, der sich gegen Anschütz „Ausnahmegericht für einen bestimmten einzelnen Fall" wendet.

6) Anschütz Komm. zu Art. 102 Anm. 7 S. 281, „das würde auf eine ungerechtfertigte, von der Verfassung sicherlich nicht gewollte Beseitigung der Unterschiede zwischen Rechtspflege u. Verw. hinauslaufen".

prüfungsrecht „insbesondere von Verordnungen des RP." untersucht wissen will, sei daher festgestellt, was sich als Ergebnis der bisherigen Untersuchungen als Objekt richterlicher Nachprüfung im vorliegenden Falle darstellt: Rechts- und Verwaltungsverordnungen der außerordentlichen Staatsfunktion, die ihrem rechtlichen Wesen nach als Aeußerungen einer besonderen Art politischer Willensbildung, als Ausfluß eines vorübergehenden, zeitlich begrenzten Gesetzgebungsrechts anzusehen sind.

C. Folgerungen.

Die Befugnis der Gerichte, Maßnahmen und insbesondere Verordnungen, die der Reichspräsident auf Grund des Art. 48 der RV. getroffen hat, nachzuprüfen.

a) Das richterliche Prüfungsrecht bei Verordnungen und Ausnahmeverordnungen im allgemeinen.

1. Die Begriffe der formellen und materiellen Prüfung.

Seit Mohl[1] unterscheidet man bei der Frage des Prüfungsrechts zwischen formeller und materieller Prüfung. Nur wenige Schriftsteller kennen diese Unterscheidung nicht.Stahl, Ullmann,Martin,Planck, H.A. Zachariä und zunächst auch v. Rönne[2] erstreckten die formelle Prüfung auf die äußerlich erkennbaren Formen, so auf Verkündung und Gegenzeichnung, die materielle auf alles das, was diesem Akte vorhergeht. Nach h. M. versteht man unter formeller Prüfung die Frage, ob eine Norm auf verfassungsmäßigem Wege zustande gekommen ist, unter materieller Prüfung, ob der Inhalt einer Norm der Verfassung oder dem Gesetze entspricht. Die Frage nach der Zweckmäßigkeit, die gerade bei Ausnahmeverordnungen von besonderer Wichtigkeit sein kann, nimmt nebenden beiden erwähnten Prüfungserfordernissen eine Sonderstellung ein, Pfaff-Hofmann[3] bezeichnen diese Frage als meritorische Kritik". Schack lehnt bezüglich der Zweckmäßgkeitserwägungen jede Diskussion ab, denn sie könne niemals Gegenstand einer juristischen Erörterung sein. Sie sei „keine Rechtsfrage, sondern Frage der Gesetzgebungspoltik[4]. Im Hinblick auf den von Triepel geführten Nachweis[5], daß ein scharfer Ge-

1) v. Mohl, Ueber die rechtl. Bedeutung . . ., a. a. O. S. 1, S. 117 f.
2) Vgl. die zit. Lit. bei Schack Prüf. d. Rechtsmäßigkeit, S. 28.
3) Pfaff-Hofmann Komm. I, S. 174 Anm. 40.
4) Schack a. a. O. S. 2.
5) Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern S. 15 ff; vgl. die obigen Ausführungen S. 32 ff.

gensatz zwischen Zweckmäßigkeits- und Rechtsfragen ebensowenig wie zwischen politischen und Zweckmäßigkeitsfragen gemacht werwerden kann, erscheint dieser Satz anfechtbar. Doch würde der Richter hier zur Entscheidung über Fragen gebracht, die er tatsächlich nicht zu übersehen vermag. Da die Zweckmäßigkeits- und Ermessensfragen subjektiver, meist politischer Natur sind, muß mangels besonderer Bestimmung ein Nachprüfungsrecht hier aus rechtspolitischen Erwägungen[6] abgelehnt werden.

Die herrschende Meinung bejaht heute das richterliche Prüfungsrecht bei Verordnungen. Die wenigen, die einen anderen Standpunkt einnehmen, kommen für das heutige Recht insofern nicht mehr in Frage, als sich ihre Ausführungen noch durchaus auf den absolutistisch-monarchischen Staat beziehen. Diese Meinung vertritt auch Schack: „Eine Bestimmung über die Prüfung der Verordnungen erübrigt sich allerdings, da dem Streit früherer Zeiten später keine wirkliche Bedeutung mehr zukam und überhaupt für das moderne Recht die Zulässigkeit der Prüfung undiskutierbar ist“[7]. Auch die Rechtsprechung hat einheitlich das Prüfungsrecht von Verordnungen bejaht und ausgeübt.[8] Für Entscheidungen im Geltungsbereich des alten Rechts vgl. RGZ. 24, 3; 40, 69; 48, 84; ferner neuerdings RGStr. 55, 115; 56, 161; 163, 177, 179, 337, 412, 419; 57, 49, 88; in JW. 1924: 192, 459, 161; endlich liegen auch eine Reihe von Entscheidungen anderer Gerichte vor, die dieses Recht ausdrücklich aussprechen.[9]

Es ist daher folgendes festzustellen: nach unbestrittener Ansicht sind die Gerichte auf Grund ihrer Unabhängigkeit und dem in der Verfassung wie in dem GVG. verankerten Satze: nur dem Gesetz unterworfen, sowie den Grundsätzen der Gewaltenteilung befugt, Verordnungen nachzuprüfen. Durch die Koordination von Justiz und Verwaltung und die Unterordnung dieser beiden staatlichen

---

6) RGStr. 50, 316, Urt. v. 15. 5. 1917; 55, 115, Urt. v. 29. 10. 1920; LG. I Berlin in JW. 1925 S. 1547; Bayr. ObLG. in Ziv.Sachen 1927, 25, S. 410, Urt. v. 13. 11. 1926.

7) Schack, in Arch. ö. R. 41 NF. 2 1921 S. 165; Schack bezeichnet das in Art. 106 aPrV. ausgesprochene Verbot richterlicher Nachprüfung bei gehörig verkündeten königlichen Verordnungen als einen „nach vielen Stimmen absolutistischen Rest, welcher heute natürlich jeden Grundes entbehrt“. Wieweit dem beizupflichten ist, bleibe dahingestellt. — Vgl. Anschütz, Komm. zu Art. 70 RV. Anm. 3, S. 217, zu Art. 48 Anm. 8, S. 171, zu Art. 102 Anm. 4 und 5 S. 280. Giese Komm. Art. 70, Anm. 2, S. 210/11, Grau, a. a. O. S. 152, Hatschek I S. 29, W. Jellinek, Staatskunde Bd. 2, H. 2 S. 107, Stier-Somlo S. 679.

8) Vgl. RGZ. 24, 3, worin das RG. darauf hinweist, daß ‚eine Prüfungsbefugnis von Rechtsverordnungen des Bundes bezw. des Reiches nahezu einstimmig anerkannt sei“.

9) RFinHof Urt. v. 23. 3. 1921, Bd. 5, S. 333, Bd. 15 Urt. v. 5. 1. 1925 S. 163; Staatsgerichtshof in RGZ. 112 Anh. 1, 8; Bayr.Ob.LG. in DJZ. 1922,579; 1923, 56, 284; KG. in DJZ. 1922, 755; 1924, 480, in JW. 1924, 103; in JKG. 53, 331 C 2; Kartellgericht in JW. 24, 235; LG. I Berlin in JW. 1924, 332; LG. III Berlin in JW. 1923, 244.

Funktionen unter die Gesetzgebung ergibt sich, daß die richterliche Gewalt Normen der ihr koordinierten Verwaltung vor ihrer Anwendung auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu prüfen hat, während das bei Normen, die die gesetzgebende Gewalt erläßt, bestritten sein kann. Da Verordnungen immer auf Grund einer (besonderen oder allgemeinen) Delegation erlassen werden, ist es Pflicht und Recht der Gerichte, vor allem festzustellen, ob die niedere Norm mit der höheren kollidiert.

Der Richter hat aber nicht nur zu prüfen, ob die Norm mit dem delegierenden Gesetz in Widerspruch steht, sondern auch, „ob ihr Zustandekommen auf dem vom Gesetze vorgeschriebenen Weg erfolgt ist, wozu nicht allein die äußeren Formalien wie die Form der Verordnung und die Art ihrer Verkündung gehören, sondern auch die inneren Formalien, die in dem Werdegang der Verordnung wurzeln, die sogenannte „interna corporis", und „hat die Pflicht, bei der Rechtsprechung gegenüber Staatsbürgern nur solche Rechtsvorschriften anzuwenden, welche nach seiner Ueberzeugung gültig sind und deshalb ihn wie jeden Staatsbürger binden".[10]

Die Prüfung erstreckt sich in formeller Hinsicht auf die äußeren und inneren Formalien, in materieller Hinsicht auf die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen. Dabei bezieht sich die Prüfung in formeller Hinsicht auf das verfassungsmäßige Entstehen, in materieller Hinsicht auf den Inhalt der Verordnung. Unter der formellen Verordnung versteht man die „eine abstrakte Norm aufstellende Anordnung, die nicht im Wege der Gesetzgebung, d. h. durch Beschlußfassung der Volksvertretung oder des Volkes zustande gekommen ist, sondern allein vom Träger der vollziehenden Gewalt oder von diesem untergeordneten Organen des Staats ausgeht".[11] Unter die äußeren Formalien rechnet man die Form der Verkündung, die Gegenzeichnung, zu den inneren Formalien den vor diesen Akten liegenden Entstehungsprozeß.

Die Prüfung in materieller Hinsicht bezüglich der rechtlichen Voraussetzungen erstreckt sich darauf, inwieweit sich die Verordnung im Rahmen der staatlichen Rechtsordnung und somit auch des sie delegierenden Gesetzes hält, auf ihr Verhältnis zu dem Reichs- und Landesrecht, die Prüfung in materieller Hinsicht bezüglich der tatsächlichen Voraussetzungen auf die durch das delegierende Gesetz bestimmten Voraussetzungen tatsächlicher Art, also auf die Fragen,

---

10) RG. in JW. 1921 S. 587.
11) Schoen, „Die formellen Gesetze" in Hdb. d. Pol. Bd. 1 1920 S. 241, 248.

ob die von dem delegierenden Gesetz verlangten Voraussetzungen überhaupt geprüft werden dürfen, auf Ermessensbildung, Zweckmäßigkeit, Notwendigkeit, bei Not- und Ausnahmeverordnungen besonders auch auf die Frage des Fortbestehens des zugrunde liegenden Zustandes.

2. Die Begriffe von Auslegung und Kritik.

Bei der Nachprüfung von Verordnungen ist der Richter regelmäßig vor schwierigere Fragen gestellt, als bei derjenigen von Gesetzen. Denn während bei Gesetzen das formelle wie materielle Zustandekommen gesetzlich bis ins einzelne geregelt zu sein pflegt, bestimmen sich die materiellen und formellen Voraussetzungen der Verordnungen häufig nach allgemeinen Gesichtspunkten. Wie schwer da dem Richter oft die Entscheidung gemacht werden kann, zeigt der Streit in der Literatur über die Erfordernisse bei Erlaß von Rechtsverordnungen, bevor 1923 das diese Materie reglnde Reichsgesetz ergangen war.[1] Unter dieses Gesetz fallen gemäß § 1 auch die vom RP. auf Grund des Art. 48 erlassenen Verordnungen; jedoch wird Ort und Art ihrer Verkündung dem Ermessen des RP. überlassen. Sie können daher sowohl in den Gesetzblättern als auch in den Tageszeitungen erscheinen, wie endlich auch z. B. durch Maueranschlag bekannt gegeben werden. Gerade diese Form der Verkündung — dies liegt bei Ausnahmeverordnungen besonders nahe — sowie die Möglichkeit eines juristisch nicht scharf faßbaren Wortlauts werden den Richter leicht vor die Aufgabe stellen, zur Klärung einer Rechtslage auch Kritik und Auslegung heranzuziehen. Die Auslegung dient dabei der Erforschung des eigentlichen Sinnes der betreffenden Verordnung, die Kritik im Zusammenhang mit der formellen Prüfung der Feststellung von Text- oder Verfahrensfehlern. Wieweit bei der außerordentlichen Behandlung, die die Ausnahmeverordnungen des RP. bezüglich ihrer Verkündung erfahren haben, dem Richter ein Recht zur Kritik zugebilligt werden kann, ist eine andere Frage. M. E. wird hier ebenso wie bei den Zweckmäßigkeitserwägungen zu entscheiden sein. Es mag denn ein als solcher ohne weiteres erkennbarer technischer Textfehler vorliegen, dessen Richtigstellung durch den Richter nach den im Prozeßrecht geltenden Vorschriften für zulässig erachtet werden muß. Jedoch scheidet auch diese Frage aus: denn der negativen Aufgabe des Prüfungsrechts, nämlich die Gültigkeit der Norm in Zweifel zu stellen, steht die positive der Kritik, eine formellmangelhafte Norm richtig zu stellen, gegenüber.

1) Gesetz v. 13. Okt. 1923 RGBl. S. 959.

3. Auseinandersetzung mit Jacobi und Grau.

Ausdrücklich nehmen zu der Frage, ob die Gerichte befugt sind Maßnahmen des RP. nachzuprüfen, in der Literatur, soweit sich übersehen läßt, nur Jacobi und Grau Stellung.[1] Bei beiden ist aber festzuhalten, daß sie die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Diktaturmaßnahmen, d. h. also das, was ich als „Prüfung in materieller Hinsicht bezüglich der rechtlichen Voraussetzungen" bezeichne, als unbestritten hinnehmen. Vier Grundsätze sind es, auf die man sich allgemein bei der Frage richterlicher Nachprüfung hinsichtlich der Voraussetzungen und der Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der Maßnahmen beruft, mit denen sich Jakobi beschäftigt:

1. Der RP. ist unmittelbares Reichsorgan, dessen Wesenheit eben in der Unkontrollierbarkeit der Ermessensübung besteht.[2]

2. Die Richter sind nicht in der Lage, sich über jene Fragen der Voraussetzungen und der Mittel ein Urteil zu bilden, sie sind zur Entscheidung solcher Fragen ungeeignet.[3]

3. Aus Art.48 Abs.3 und 4 folgt der Wille der RV., gegenüber den Maßnahmen nach Art. 48 Abs. 2 und 4 nur eine politische Kontrolle durch den Reichstag bezw. durch RP. oder Reichstag eintreten zu lassen.

4. Es ist unerträglich, daß eine vom Reichstag gebilligte Verordnung später vom Richter als ungültig bezeichnet wird.[4,5]

Zu der ersten Hatschek'schen Begründung erhebt Jacobi den Einwand, daß es sich um eine Begründung im eigentlichen Sinne überhaupt nicht handele; denn diese „Wesenheit" solle ja gerade untersucht werden. Das ist nicht recht einzusehen. Hatschelt (a. a. O. S. 172) zählt die von der RV. angeführten Voraussetzungen der Ausnahmeverordnung auf: Erhebliche Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Deutschen Reiche, stellt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeil zwischen dem zu beseitigenden Moment und dem Abwehrmittel, endlich die Subsidiarität des Ein-

1) Unter Berufung auf Grau und Jacobi ohne Stellungnahme Giese Komm. zu Art. 48 Anm. 8 S. 167. — Anschütz Komm. zu Art. 48 Anm. 8 S. 171, wie Jacobi u. die Rechtsprechung, ohne besondere Stellungnahme, aber unter Bejahung des Prüfungsrechts hinsichtlich der „sonstigen Gültigkeit", da hier der allgemeine Grundsatz gelte, „daß die Gerichte nicht zwar Gesetze, wohl aber Verordnungen (und zwar Verordnungen jeder Art und jeden Ursprungs auch solche, die von der obersten Staatsleitung erlassen sind) auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen haben".

2) Hatschek Dtsch. u. pr. Staatsrecht II, S. 172.

3) Grau, Diktaturgewalt S. 154.

4) Grau, a. a. O.; Strupp, Arch. ö. R. NF. 5, S. 204 ff.

5) Ich halte mich hier an das Jacobische Referat, soweit es in den Veröffentlichungen der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 1, Berlin-Leipzig 1924, abgedruckt ist; vgl. a. a. O. S. 105 ff., insbesondere S. 122 ff und die „Leitsätze" S. 136.

schreitens mit Hilfe der bewaffneten Macht fest und sagt: „Ob alle diese Voraussetzungen vorwalten, steht im eigenen vom Richter nicht nachzuprüfenden Ermessen des Reichspräsidenten. Das folgt nur aus der Tatsache, daß der Reichspräsident unmittelbares Reichsorgan ist, dessen Wesenheit eben in der Unkontrollierbarkeit der Ermessensübung besteht. Nicht etwa aus der Tatsache, daß es sich um einen Akt der militärischen Komandogewalt handelt, die als Staats- oder Hoheitsakte der richterlichen Nachprüfung entzogen sind." Mit Recht wird hier von Hatschek der Reichspräsident als „unmittelbares Reichsorgan" bezeichnet; eine Stellung, die neben diesem auch dem Reichsvolk bei Volksabstimmung, Volksbegehren und Volksentscheid, dem Reichstag und dem Reichsrat eigen ist, (vgl. Hatschek, Staatsrecht I, S. 8). Diese Einstellung Hatscheks erscheint umso einleuchtender, bedenkt man seine gegenüber Laband vertretene Auffassung von dem sicherheitspolizeilichen Charakter aller Ausnahmeregeln; das galt für ihn schon im Bereich des alten Rechts. Wenn die Maßnahmen auf Grund des Art. 48 als Akte einer Reichssicherheitspolizeigewalt angesehen werden, so stützt Hatschek das auf die Subsidiarität des Einschreitens mit Hilfe der bewaffneten Macht; daß dieses Mittel subsidär ist, geht aus der ermächtigenden Norm selbst hervor: Der Reichspräsident kann „erforderlichenfalls" mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten (Art. 48, Abs. 2). Es ist für das heutige Recht insoweit ohne Bedeutung, welchen Charakter man den Ausnahmemaßnahmen im alten Recht beilegen mußte, denn der Wortlaut der Verfassung von Weimar läßt kaum noch Zweifel an der Richtigkeit der Auffassung, die heute, wie Hatschek, den sicherheitspolizeilichen Charakter bejaht. Es ist auch nicht einzusehen, warum die Feststellung, daß der Reichspräsident unmittelbares Reichsorgan mit unkontrollierbarer Ermessensübung ist, nicht zu einer begründeten Ablehnung richterlichen Prüfungsrechts hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen soll führen können. Tatsächlich muß der Reichspräsident in seiner Ermessensbildung frei sein; er ist es auch insoweit, als als einziges Organ, das zu den tatsächlichen Voraussetzungen seiner Maßnahmen und Verordnungen Stellung nehmen kann, der Reichstag in Frage kommt, der ja gemäß ausdrücklicher Verfassungsbestimmung von den Maßnahmen des Reichspräsidenten Kenntnis zu nehmen hat. Außerdem folgt die Ermessensfreiheit aus dem Wesen der Diktaturgewalt und dem Begriff des Staatsausnahmerechts, wie ich ihn oben darlegte.[6]

---

6) Vgl. die Stellung des RG. zu dieser Frage in RGStr. 56 S. 163.

Bezüglich der zweiten Frage kann ich mich der ablehnenden Jacobischen Formulierung nicht anschließen. Er sagt:[7] „Auch die oft angestellte Erwägung, die Richter seien nicht in der Lage, sich über jene Fragen der Voraussetzungen ein Urteil zu bilden, sie seien zur Entscheidung solcher Fragen ungeeignet, ist nicht zwingend". Es ist schon darauf hingewiesen worden,[8] daß die Erwägung, der Richter sei zur Behandlung dieser Fragen „schon an sich ungeeignet", als rechtliche Begründung aus sich heraus nicht befriedigen kann. Auf dem Wege der Interessenabwägung vermag man aber sehr wohl zu einem Resultat zu gelangen. So verweist auch Jacobi auf die Ausführungen Triepels[9] und meint, „wenngleich es zu denken gibt, daß hier als Sachverständige häufig doch nur Mitglieder der Reichsregierung bezw. der Landesregierungen in Frage kommen würden, weil nur sie ein richtiges Gesamtbild von der fraglichen politischen Situation haben können". Mit dieser Einschränkung raubt Jacobi seiner Entgegnung jede Kraft; denn tatsächlich sind die Richter nicht in der Lage, sich hier ein objektives Urteil zu bilden. Sind diese Fragen doch, wie ich schon ausführte, für den Beurteiler, der mit ihnen nicht in unmittelbarer Berührung steht, wiederum durchaus eine Angelegenheit subjektiven Ermessens. Sind doch auch gerade diese Fragen nicht nur hochpolitischer Natur, sondern die Einstellung zu ihnen in den weitaus meisten Fällen abhängig von persönlicher politischen Anschauung. Will man als Sachverständige Mitglieder der Reichsregierung, der Landesregierungen, vor allem auch der Parlamente heranziehen, so würde das Gericht, wollte man den wahren Sachverhalt ergründen und allen Beteiligten gerecht werden, zur Stätte politischer, vielleicht parteipolitischer Auseinandersetzungen werden. Gerade Fragen politischer Natur erfordern eine besondere Art der Behandlung; vor allem auch in einem parlamentarisch-demokratischen Staate, in dem parteipolitischer Einfluß im öffentlichen Leben so leicht zu Entartungen zu führen vermag, die gerade eben dem eigentlichen Wesen des Rechtsstaates widersprechen. Diese Hinweise genügen, die Unmöglichkeit der Belastung des Richters mit einer solchen Pflicht oder mit einem derartigen Recht darzulegen.

Zu dem Hinweis auf die Ausschließlichkeit der politischen Kontrolle verweise ich auf das von mir oben Ausgeführte.[9*]

---

7) a. a. O. S. 123.
8) S. 32.
9) Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern S. 92, „daß die Richter oft genug über politische, wirtschaftliche, soziale Interessenfragen größten Ausmaßes zu entscheiden haben und das Gericht ja auch in der Lage sei, Sachverständige heranzuziehen".
9*) S. 30 ff.

Jacobi glaubt, als letzte Möglichkeit der Untersuchung den Willen des Gesetzgebers auf dem Wege der Interessenabwägung erforschen zu können. Auch dieser Weg führt zu demselben Ziel, nämlich dem Ausschluß der Nachprüfung sowohl „rücksichtlich der Voraussetzungen wie rücksichtlich der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der verwandten Mittel".[10] Ein Zweifel erhebt sich hier allerdings: wie ist es, wenn aus der vorliegenden Verordnung ein Zweckzusammenhang mit der Herstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht ersichtlich ist?

Hier stützt sich Jacobi[11] auf die Stellung des RG., die es in seiner Rechtsprechung zu dem Verbot des militärischen Befehlshabers im Geltungsbereich des alten Belagerungszustandes einnahm, wonach in einem solchen Falle dem Richter ein selbständiges Prüfungsrecht gegeben war.

Grau vertritt einen ähnlichen Standpunkt.[12] Er unterscheidet auch zwischen der Prüfung der Zweckmäßigkeit und der Prüfung der Voraussetzungen. Erstere lehnt er unter dem Hinweis auf das Verwaltungsrecht ab[13] — denn schon der Verwaltungsrichter könne Verwaltungsmaßnahmen, die seiner Nachprüfung unterliegen, wenn das Gesetz es nicht ausdrücklich anders bestimmt, auf ihre Zweckmäßigkeit hin nicht nachprüfen — und mit der rechtspolitischen Begründung, zu der ich schon oben Stellung genommen habe, „daß dem Richter eine Kenntnis der besonderen Zusammenhänge nicht beiwohne"; rücksichtlich des zweiten Punktes stützt er sich auf die Ausschließlichkeit der politischen Kontrolle. Das ist durchaus begründet.

b. Die Prüfung in formeller Hinsicht.

In derselben Weise, wie die Prüfung bei Verordnungen im allgemeinen vor sich geht, wird sie auch bei den Ausnahmeverordnungen des RP. zu handhaben sein.

1. Die Prüfung in formeller Hinsicht bezüglich der äußeren Formalien.

Gemäß Art. 50 RV. bedürfen alle Anordnungen und Verfügungen des RP. zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung durch den Reichskanzler oder den zuständigen Reichsminister. Wer im einzelnen daher zur Gegenzeichnung berechtigt ist, wird von Fall zu Fall zu entscheiden sein, es wird sich darum handeln, ob, wie

10) a. a. O. S. 124.
11) Gedacht ist wohl vor allem an RG. 59, 188; vgl. 49, 161, 256; 50, 315; 59, 45.
12) a. a. O. S. 152—155.
13) a. a. O. S. 154; vgl. Hatschek, Verwaltungsrecht, S. 36.

Anschütz sagt, eine Frage vorliegt, „welche die Richtlinien der Politik angeht, also eine Frage von allgemeiner politischer Bedeutung, oder eine reine Ressortangelegenheit".[1] Im wesentlichen wird es sich bei Art. 48 um Zuständigkeit des Reichskanzlers oder des Reichsinnenministers handeln. Wohl besteht auch die Möglichkeit, daß mehrere Reichsminister zuständig sind. Hier genügt jedenfalls eine Unterschrift als Gegenzeichnung.[2] Die Bedeutung der Gegenzeichnung ist allerdings bestritten. Auf diesen Streit jedoch einzugehen erscheint müßig.[3] Denn die RV. gibt für das geltende Recht selbst die Antwort in Art. 50 Satz 2: durch die Gegenzeichnung wird die Verantwortung übernommen. Dadurch wird zum Ausdruck gebracht, das sie eine die Ministerverantwortlichkeit und Vollziehbarkeit bezeugende Wirkung hat.[4] Daß allerdings der Reichskanzler oder der zuständige Reichsminister ausdrücklich oder schlüssig die Anordnung des RP. billigt, ist auf jeden Fall erforderlich. Denn durch diesen Akt wird ja der Wille des RP. überhaupt erst vollziehbar.[5]

Besonders wichtig ist diese Frage bei Maßnahmen rein tatsächlicher Art, die in Handlungen oder Unterlassungen bestehen, ohne daß sie schriftlich zum Ausdruck gebracht werden. Hier wird bei Nachprüfung die Zustimmung des Reichskanzlers oder des zuständigen Reichsministers festgestellt werden müssen. Denn die durch Art. 50 RV. geforderte Gegenzeichnung ist im weitesten Sinne zu fassen: „Sie ist der wichtigste nach außen in Erscheinung tretende Anwendungsfall des im parlamentarischen System allgemein geltenden Grundsatzes, daß der Reichspräsident zu seinen Regierungshandlungen der Zustimmung der verantwortlichen Minister bedarf."[6]

Als weiteres formelles Erfordernis hat der Richter die Verkündung zu prüfen. Die bisherige Praxis hat gezeigt, daß die „notwendigen Maßnahmen" des RP. allgemeine Befehle an die Bürger richten und in die Form einer Verordnung gekleidet sind. Das Reichsgesetz über die Verkündung von Rechtsverordnungen läßt dem RP. bezüglich der Form der Verkündung freie Wahl. Jedoch ist es denkbar, daß der RP. seine Maßnahmen auch auf einem anderen als dem Verordnungswege trifft. Es ist hier seinem Ermessen in

1) Anschütz, Komm. zu Art. 50 Anm. 3, S. 184
2) RGStr. Bd. 56 S. 162/63.
3) eine nähere Auseinandersetzung über die Theorien von Linde und Bischof siehe bei Fries a. a. O. S. 29 ff.
4) Anschütz Komm. Art. 50 Anm. 1 S. 183; Giese Komm. Art. 50 Anm. 2 S. 172.
5) So auch Anschütz S. 183.
6) Poetzsch-Heffter, Art. 50, Anm. 1.

jeder Weise freier Spielraum gelassen. Eines ist natürlich festzuhalten: die Verordnung muß denjenigen, die sie angeht, in einer Weise bekannt gemacht werden, daß eine Kenntnisnahme nach allgemeinen Erfahrungen mit Sicherheit erwartet werden kann.[7] Wie aber, wenn selbst die einfachsten Bedingungen der Verkündung außer acht gelassen sind? Einer solchen Verordnung, die sich, um mit Adamovich zu reden,[8] nicht einmal als rechtwidrige Norm darstellt, sondern „als ein rechtlich irrelevanter Scheinakt", hat der Richter jede Anwendung zu versagen.

Neben Verkündung und Gegenzeichnung hat der Richter endlich noch ein Prüfungsrecht bei offensichtlichen Druckfehlern und hinsichtlich des Stichtages, der ja für das Inkrafttreten von Bedeutung ist. Hierauf weist Goerres hin;[9] „denn soll nicht der Druckfehlerteufel auch die Urteile machen", so muß der Richter das Recht haben, solche offensichtlichen Textfehler zu berücksichtigen.[10] Ebenso ist ein Prüfungsrecht zuzubilligen hinsichtlich des Stichtages, d. h. ob der tatsächliche Ausgabetag mit dem Ausgabevermerk übereinstimmt.[11]

Man wird daran festhalten müssen, daß eine Verkündung erforderlich und auch ihr Zeitpunkt nach Möglichkeit festzustellen ist. So kann eine Mitteilung an einzelne amtliche Stellen nicht genügen.[12] Von welcher Wichtigkeit die Verkündungsformalien sein können, deutet das Urteil des dritten Strafsenats des Reichsgerichts vom 4. Januar 1923[13] an. Hier wird die Frage nachgeprüft, in welchem Zeitpunkt die Verordnung des Reichspräsidenten betreffend das Verbot der Arbeitsniederlegung durch Beamte der Reichsbahn vom 1. 2. 1922 in Kraft getreten ist.

2. Die Prüfung in formaler Hinsicht bezüglich der inneren Formalien.

Hier wird sich die Prüfung besonders darauf zu erstrecken haben, ob die unterzeichnende Person zu dem Erlaß der Verordnung berechtigt war. Diese Prüfung birgt keine Schwierigkeiten in sich,

---

7) Auch die Anordnung der Reichsexekution bedarf heute keiner besonderen Formalien; anders § 3 des BZG. von 1851, das die Erklärung des Bel.Zust. bei Trommelschlag oder Trompetenschall verlangte, außerdem Mitteilung an die Gemeindebehörde, Anschlag an öff. Plätzen, Verkündung durch öff. Blätter.

8) Adamovich a. a. O., S. 41.

9) Goerres in JW. 1924 S. 1565.

10) KG. Urt. v. 7. Okt. 1921 in JW. 1922, 308.

11) Bayr.Ob.LG.Urt. v. 1. Dezember 1921 in JW. 1922, 914, 1.

12) Poetzsch-Heffter, Art. 48, Anm. 11, S. 237; ebenso Falck in Voss. Ztg. vom 2. Juli 1926; vgl. dagegen Jellinek, Ohne Zweidrittelmehrheit, Voss. Ztg. v. 29. Juni 1926.

13) RGStr. 57, 49.

wenn der RP. die Verordnung mit den in der Praxis üblich gewordenen Worten beginnt: „auf Grund des Art. 48 RV. verordne ich zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ....“ oder in ähnlicher Weise durch Ueberschrift kenntlich macht, daß er als RP. eine Anordnung, und zwar auf Grund des Art. 48 trifft. Denn einerseits ist regelmäßig zum Erlaß von Verordnungen im Reich nicht der RP., sondern die Reichsregierung zuständig, andererseits ist die Reichsregierung nicht zum Erlaß von Verordnungen auf Grund des Art. 48 befugt. Die Ausfertigung der Verordnung muß denen, die von der Anordnung betroffen werden, von allen Umständen Kenntnis geben, die eine Bedingung ihrer Rechtmäßigkeit darstellen. Falls jedoch der RP. diese formellen Erfordernisse außer acht läßt, wird man noch keineswegs von dem Vorliegen einer nichtigen Verordnung sprechen können. Denn er trifft die Anordnung ja auf Grund eines ihm verfassungsmäßig zustehenden Rechts. In einem solchen Falle hat der Richter zu prüfen, ob die Verordnung zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erlassen ist, d. h. also schlechthin als Ausfluß der auf Grund des Art. 48 dem RP. zustehenden Diktaturgewalt zu werten ist. Auf diese Weise vermag dann der Richter sowohl die Ermächtigung zum Erlasse als auch die daraus folgende Rechtsmäßigkeit festzustellen. Die Anwendung hat er ihr nach den oben dargelegten Grundsätzen nur dann zu versagen, wenn sich hier ein Zweckzusammenhang nicht feststellen läßt.

In eine solche Prüfung des Zweckzusammenhangs ist aber nur bei diesen gewissermaßen formell zweifelhaften Verordnungen oder Maßnahmen einzutreten, insbesondere also bei denen, die den Stempel der Rechtmäßigkeit und Zuständigkeit des sie erlassenden Organs durch die in der Praxis üblichen Worte „auf Grund des Art. 48 RV. verordne ich ....“ u. ä. nicht tragen.

Er fragt sich nunmehr, wie sich das Prüfungsrecht des Richters gegenüber der Ausfertigung, d. h. also der Herstellung der Verordnungsurkunde gestaltet. Die Entscheidung dieser Frage hängt von der Einstellung zu der Labandschen Ausfertigungstheorie und der hiermit in Verbindung begründeten Lehre Jellineks zusammen. Nach Laband ist die Ausfertigung der Verordnung in formeller Beziehung ein bindendes Kriterium der Rechtmäßigkeit;[1] d. h. er stellt sich auf den Standpunkt, daß der Verordnende durch die Ausfertigung kund gibt, daß die formellen Vorschriften eingehalten sind. Dadurch wird ein Prüfungsrecht bezüglich dieser Voraussetzungen

1) Laband, Staatsrecht II S. 104 ff.

ausgeschlossen, während es in materieller Hinsicht bestehen bleibt. Jellinek teilt diese Ansicht jedoch nur insoweit, als er sie lediglich auf Gesetze angewendet wissen will.[2] Es erübrigt sich, näher auf diese Theorien einzugehen: Mit Recht steht, wie oben erwähnt, die h. M. heute auf dem Standpunkt, daß den Gerichten ein Prüfungsrecht gegenüber Verordnungen zusteht, d. h. ein Recht nachzuprüfen, inwieweit die Verordnung sich im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften hält; von einem entwicklungsartigen Weg verfassungsmäßigen Zustandekommens ist ja außerdem bei den Ausnahmeverordnungen des Reichspräsidenten — anders bei den Akten der ordentlichen Gesetzgebung[3] — nicht die Rede.

Der Richter hat also, bezüglich der inneren Formalien lediglich zu prüfen, ob das unterzeichnende Organ zum Erlaß zuständig war.

3. Die Vermutungswirkung.

Die oben gemachten Ausführungen über die Prüfung formeller Erfordernisse, sind zwar theoretisch in jeder Weise aufrecht zu erhalten, praktisch jedoch werden sie eine Einschränkung erfahren. Nicht, daß damit ihre praktische Unbrauchbarkeit zugestanden wird. Es soll hier lediglich darauf hingewiesen werden, daß in diese Prüfung, die ja ein Recht wie eine Pflicht darstellt, nicht jedesmal vor Anwendung einer Rechtsnorm eingetreten werden muß. Es gilt hier vielmehr der Satz, daß bis zu einem gewissen Grade für jede verkündete Norm die Vermutung der Rechtsgültigkeit und Rechtsmäßigkeit besteht. Dieser Satz wird praktisch, wie das RG.[4] sagt, „eine Hemmung der für den Richter bestehenden Prüfungspflicht“ und somit auch das Zugeständnis einer Ermessensfreiheit beim Prüfungsrecht bedeuten.

c) Die Prüfung in materieller Hinsicht.

1. Die Prüfung in materieller Hinsicht bezüglich der rechtlichen Voraussetzungen.

Für die Entscheidung hinsichtlich dieser Voraussetzungen sind die im ersten Teil dieser Arbeit behandelten Vorfragen maßgebend. Wenn im deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, kann der RP. die zur Wieder-

---

2) Eine eingehende Darlegung bei Schack a. a. O. S. 178; Laband a. a. O. S. 42 ff., Meyer-Anschütz S. 739 ff.

3) Nach Laband Gesetzesinitiative, Feststellung des Gesetzesinhalts, Sanktion, Promulgation und Publikation. Vgl. Hatschek, Preuß. Staatsrecht, S. 228.

4) JRG. Bd. 42, S. 296.

herstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen. Wir haben die Stellung des RP. als Träger der Diktaturgewalt im System der Staatsfunktionen gesehen und weiterhin festgestellt, daß diese außerordentliche Staatsfunktion auf Grund freier Ermessensbildung tätig wird. Wir haben ferner festgestellt, daß den Ausnahmeverordnungen, deren Geltungsdauer ja begrenzt ist, vorübergehend Gesetzeskraft innewohnt. Als reichsrechtliche Normen, deren Boden die Verfassung bildet, gehen sie den Gesetzen vor, können aber nie stärkeren Rechtes als die Verfassung selbst sein, der sie ihre Entstehung verdanken und die diesen Verordnungen gegenüber daher den Vorrang hat. Da der Richter unabhängig ist, und nur dem Gesetz unterworfen, d. h. einem rechtswirksamen Gesetz, hat er einem nichtigen Akt gegenüber keine Gehorsamspflicht. Es muß dem Richter die Befugnis gegeben sein, festzustellen, ob es ein rechtsgültiger Akt ist, der von ihm Gehorsam fordert. Die Ausnahmeverordnungen haben sich in den verfassungsmäßigen Schranken, deren Bestehen gegenüber der vorliegenden Verordnung der Richter durch Auslegung zu ermitteln hat, zu halten.

2. Die Prüfung in materieller Hinsicht bezüglich der tatsächlichen Voraussetzungen.

Wie wir oben gesehen haben, macht der RP. von seinen Vollmachten aus Art. 48 auf Grund eigener Zweckmäßigkeitserwägungen Gebrauch. Die Ausnahmeverordnungen entstehen aus einer Ermessensbildung des RP., die ihm die Verfassung einräumt. Die tatsächlichen Voraussetzungen liegen nach den oben entwickelten Grundsätzen unter der Entscheidung eines politischen, besonderen Organs, das der richterlichen Funktion nicht nebengeordnet und somit auch einem Nachprüfungsrecht entzogen ist. Diese Ermessensbildung des RP. ist ebenso wie bis zum Erlaß des in Art. 48, V vorgesehenen Gesetzes die Freiheit in der Wahl der Maßnahmen eine unbeschränkte; sie findet ihre Grenzen höchstens eben in dem „pflichtgemäßen" Ermessen. Dieses aber nachzuprüfen, darf nie Aufgabe des Richters sein. Wenn auch Jellinek sagt: „Indessen sträubt sich das Rechtsempfinden gegen ein völlig schrankenloses Ermessen, und so wird man dem Richter die Befugnis zusprechen müssen, das dem Verordnenden an sich eingeräumte freie Ermessen wenigstens auf die Innehaltung der äußersten zulässigen Grenzen zu überprüfen",[1]

---

1) Jellinek, Staatskunde, Bd. II, H. II; in Teubners Hdb. d. Staats- u. Wirtschaftskunde, Abt. II.

so erscheint dies zunächst überzeugend. Gerade aber dem Rechtsempfinden darf man in einer so wichtigen Frage nicht so weit nachkommen, daß Sinn und Zweck einer Bestimmung, wie hier derjenigen: Bei außerordentlichen Ereignissen außerordentliche Maßnahmen, gefährdet werden, sodaß das Vertrauen des Volkes leidet. Ganz abgesehen davon, daß die politische Kontrolle, d. h. also ministerielle Gegenzeichnung, die damit verbundene Uebernahme der Verantwortung und nachträgliche Kenntnisnahme des Parlaments gegen Akte offenbarer Willkür genügenden Schutz bietet. Denn ob die Voraussetzungen des Art. 48 vorliegen, darüber hat der RP. ebenso wie über die Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit der Maßnahmen als besonderes politisches, vorübergehend gesetzgebendes Organ zu entscheiden; seine Ermessensbildung hat der Richter als rechtlich wirksam hinzunehmen. Eine Durchlöcherung dieses Grundsatzes auf Grund praktischer Erwägungen ist nicht zulässig. Es mag Aufgabe des in Art. 48, V vorgesehenen Gesetzes sein, hier einen Riegel vorzuschieben. Bis dahin aber wird man keineswegs der richterlichen gegenüber der außerordentlichen gesetzgebenden Funktion ein auf richterlichem Ermessen beruhendes Eingriffsrecht zugestehen können. Vom Standpunkt der Interessenabwägung aus ist endlich zu sagen, daß die reine Erhaltung dieses Instituts der Diktatur im Sinne der ihm von der Verfassung zugedachten Stellung bei Gefährdungsmomenten so sehr im Interesse des Staates liegt, wie die Unterordnung des einzelnen unter das Wohl der Allgemeinheit.

Es ist daher auch die unter Berufung auf die Lehren von Haentzschel und Grau vertretene Ansicht Schwalb's[2] zu verwerfen, der ein Bestreiten der Rechtsgültigkeit (also wohl auch für den Richter) dann zuläßt, „wenn jeder mögliche Zusammenhang zwischen den Maßnahmen und der öffentlichen Sicherheit und Ordnung fehlte oder diese den allgemeinen Anschauungen über Recht und Sittlichkeit derart widerspräche, daß sie eher zu weiterer Störung als zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung führen müßte". Es müssen die Grenzen des Rechts richterlicher Nachprüfung hier scharf gezogen werden, um festzustellen, wo das freie Ermessen des politischen Organs und wo das Ermessen der unabhängigen richterlichen Funktion beginnt.

2) Schwalb, DJZ. 1924, S. 693. Grau kommt allerdings zu dem Schluß — der Umfang der Reichstagsprüfung soll keine Schmälerung erleiden —, daß „ein Ermessensmißbrauch des Diktators vom Richter nicht einmal im Sinne der Motiventheorie des Verwaltungsrechts nachgeprüft werden darf"; Erkennbarkeit der Zweckbestimmung ist bei nicht verkündeten Anordnungen zu erfordern. Grau, Diktaturgewalt S. 155, vgl. auch a. a. O. S. 159.

Es mögen endlich die Fragen unerörtert bleiben, die in einer Erklärung des Vereins der Richter beim Reichsgericht und in einer Zuschrift des Kardinals Bertram an den Reichskanzler Marx angeschnitten wurden, ob der Richter prüfen könne, ob ein Gesetz der Sittlichkeit, ob es ferner dem allgemeinen Rechtsbewußtsein entspreche.[3]

So wurde auch in der Debatte über die Schmitt-Jacobi'schen Leitsätze in Jena[4] der Meinung Ausdruck gegeben, daß „ein Prüfungsrecht wenigstens gegenüber offenbarem Mißbrauch des Ermessens, d. h. dann gegeben sei, wenn ein Zusamemnhang der getroffenen Maßnahme mit ihrem angeblichen Zweck nicht hergestellt werden könne“. Dem kann aber im weiteren Sinne nicht zugestimmt werden; Geltung darf dieser Satz nur beanspruchen, worauf ich oben schon hingewiesen habe, bei „formell zweifelhaften“ Verordnungen gelegentlich der Nachprüfung in formeller Hinsicht bezüglich der inneren Formalien.

Neben anderen hat nun vor allem noch Triepel auf die Ermessensgrenzen hingewiesen. „Freies Ermessen ist nicht gleichbedeutend mit Willkür“.[5] Ermessensüberschreitung und Ermessensmißbrauch machen den Akt der Staatsgewalt, sei es nun Verwaltung, Regierung oder gar der Gesetzgeber, fehlerhaft. Unter Hinweis auf die Entscheidung des Reichsfinanzhofs, Bd. 5, S. 337, nennt er Gesetze, die die verfassungsmäßigen Schranken des Bedürfnisses, des Erfordernisses überschreiten, ebenso solche, die offenbar nicht erforderlich sind, den angegebenen Zweck zu erfüllen, ungültig! Mit Jellinek ist demgegenüber aber daran festzuhalten, daß Nichtigkeit die seltene Folge fehlerhafter Staatsakte ist. Mit Recht weist Triepel auf die Unwahrscheinlichkeit solcher Willkürvorgänge überhaupt hin. Dem rechtsstaatlichen Grundgedanken in der Reichsverfassung soll zwar Genüge geschehen. Jedoch vermag hierin für das richterliche Prüfungsrecht bei Ausnahmeverordnungen keine ausreichende Begründung gefunden zu werden. Mag es Aufgabe des Gesetzgebers sein, hier eine Regelung zu treffen.

Rechtsprechung und Gesetzgebungspolitik.

Das Reichsgericht hat zu diesen Fragen in mehreren Entscheidungen Stellung genommen, meist allerdings ohne nähere Begründung und lediglich unter Verweisung auf frühere Urteile.[1] So sagt

---

3) Goerres, in JW. 1924, S. 247 u. 1564.
4) Vgl. Stier-Somlo: Die zweite Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Arch. ö. R. N. F. 7, S. 95.
5) Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, S. 100/101.
1) RGZ. 102, 164.

der 6. Zivilsenat in seinem Urteil vom 28. April 1921: „Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung die Gerichte für befugt erklärt, die formelle wie die materielle Rechtmäßigkeit von Gesetzen und Verordnungen nachzuprüfen, soweit die Nachprüfung nicht durch Gesetz ausgeschlossen ist. (RGZ. Bd. 9, 235; 24, 3; 25, 274; 45, 270; 48, 84, 205; 77, 231). Hieran ist festzuhalten." Nun hat allerdings Jellinek nachgewiesen,[2] daß es sich hierbei nur in drei Fällen um die Prüfung von Gesetzen handelte (9, 235; 48, 205; Verhältnis von Reichsrecht zu Landesrecht 77, 231), in den übrigen Fällen um die Nachprüfung von Verordnungen. So auch RGStr. 55, 117; 58, 269; 59, 45.

Eine eingehende Stellungnahme findet sich in RGStr. 56, 177, 179, wo die Frage, inwieweit der Richter überhaupt berechtigt und verpflichtet ist „Normen, die sich äußerlich als Gesetze oder Rechtsverordnungen darstellen, auf ihre Rechtsgültigkeit zu prüfen", ganz allgemein angeschnitten und zum Teil auch in bezug auf Art. 48 RV. behandelt wird.

Das Reichsgericht bejaht hier ein Recht zur Nachprüfung. Es geht davon aus, daß bei Fehlen besonderer Bestimmungen, unter die es auch das Gewohnheitsrecht gezählt wissen will, auf allgemeine Grundsätze zurückgegangen werden muß, „die aus dem Wesen der gesetzgebenden oder richterlichen Gewalt und der von diesen Gewalten ausgehenden Betätigungen sowie aus ihrem gegenseitigen Verhältnis abzuleiten sind."[3] Ein Weg also, der oben zur Begründung ebenfalls eingeschlagen ist. Der Grundsatz aus Art. 102 RV. und § 1 GVG. bedeutet „einerseits die Bindung der richterlichen Gewalt an die Betätigung der gesetzgebenden Gewalt, andererseits die Nichtbindung des Richters an die Betätigungen der Organe der Staatsverwaltung, die mit solchen der gesetzgebenden Gewalt im Widerspruch stehen oder in die richterliche Gewalt eingreifen". Aus dieser Unterordnung von Rechtsprechung und Verwaltung unter die gesetzgebende Gewalt und andererseits aus der richterlichen Unabhängigkeit von der Verwaltung folgert das Reichsgericht das Recht und die Pflicht des Richters, „die von Organen der Verwaltung erlassenen Rechtsverordnungen vor ihrer Anwendung auf ihre förmliche und sachliche Rechtmäßigkeit zu prüfen" (a. a. O. S. 181), wie besonders hervorgehoben wird: Auf das Vorliegen der gesetzlichen Ermächtigung, die sachliche und örtliche Zuständigkeit der erlassenden Behörde, ordnungmäßige Bekanntmachung. Bei den

2) Jellinek, JW. 1925, 454 ff.
3) Ebenso RGZ. 111, S. 322.

auf Grund gesetzlicher Ermächtigung erlassenen gesetzesvertretenden Verordnungen beschränkt das Reichsgericht die sachliche Prüfung ebenfalls auf die Einhaltung der durch die Ermächtigung gezogenen Grenzen (a. a. O. S. 182). Daß auch nach dem Standpunkt des Reichsgerichts Art. 48 unmittelbar anwendbares Recht ist und zwar dem R.P. und den Landesregierungen „ein nur durch den Inhalt der Ermächtigung beschränktes und durch das vorbehaltene Reichsgesetz beschränkbares, im übrigen aber völlig unbeschränktes und unbeschränkbares Recht zur Erlassung aller ihnen notwendig erscheinenden Maßnahmen"[4] gewährt, deckt sich mit der in Wissenschaft und Praxis überwiegenden Auslegung. Besonders diese letzte Feststellung war wichtig, betrachtet man die gegenteilige, namentlich in Württemberg und Bayern zutage getretene Auffassung, die eine einheitliche und erschöpfende reichsrechtliche Regelung des Ausnahmezustandrechts in Frage stellte.

In einem Urteil vom 5. 10. 1921 — es handelt sich hier um die Einsetzung außerordentlicher Gerichte — stellt das Reichsgericht fest, daß Gültigkeitserfordernis die Gegenzeichnung des zuständigen Reichsministers ist. Wenn das Reichsgericht allerdings sagt, daß der R.P. Maßnahmen treffen kann, falls er die öffentliche Sicherheit und Ordnung für erheblich gestört und gefährdet hält,[5] so stimmt das tatsächlich nicht mit dem Wortlaut des Art. 48 überein. Der politischen Stellung des Trägers der Diktaturgewalt entspricht dieses Urteil aber durchaus. Mit Recht ist daher das Reichsgericht auch hier in eine Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen nicht eingetreten. Aus diesem Urteil ließe sich folgern, daß die Nachprüfung der „Gesetzmäßigkeit" einer auf Art. 48 beruhenden Verordnung ausgeschlossen sein müsse. Denn wenn der R.P. eine Verordnung erlassen hat, wird man wohl annehmen können, daß er sie für erforderlich hielt. Auf denselben Standpunkt stellt sich der erste Strafsenat in RGStr. 56, 177, 190, wenn er eine Verordnung der Landesregierung, die ein Verbot von öffentlichen Versammlungen und Umzügen zum Inhalt hat, in dem Fall für zulässig erklärt, daß die Landesregierung eine erhebliche Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung für vorhanden „erachtet". Auch hierfür gilt das zu dem ersten Urteil Gesagte. Wenn allerdings RGZ. 107, 398 die Prüfungsbefugnis des Richters hinsichtlich der Voraussetzungen ablehnt, solange, „als nicht behauptet wird, daß die Ausübung des Ermessens in wahre Willkür ausge-

4) RGStr. 56, 189.
5) Vgl. Goslich, in L.Z. f. deutsches Recht 1925, S. 1189.

artet“ sei — ich habe im einzelnen hierzu schon oben Stellung genommen —, so wird dagegen sehr richtig von Goslich angeführt, „es sei nicht ohne weiteres einzusehen, wie der Richter, der nicht prüfen dürfe, ohne Prüfung dazu kommen solle, festzustellen, daß ein reiner Willkürakt vorliegt.“[6]

Wichtig ist ferner noch das Urteil des 4. Strafsenats vom 23. 10. 1923;[7] hier nimmt das Reichsgericht eine Nachprüfung der Valutaspekulationsverordnung von 1922 vor. Es wird festgestellt, daß die Verordnung sich im Rahmen der dem R.P. durch Art. 48 RV. erteilten außerordentlichen Befugnisse hält, da ein unzulässiger Eingriff in durch die Reichsverfassung gewährleistete und in Art. 48 RV. nicht aufgeführte Grundrechte nicht vorliegt. Auch dieses Urteil hält weiter daran fest, daß die Nachprüfung der tatsächlichen Voraussetzungen für Erlassung der Verordnungen dem Gerichte entzogen ist.

Besondere Beachtung bedarf vor allem ein in mehrfacher Hinsicht anfechtbares Urteil des Reichsfinanzhofs vom 5. 1. 1925,[8] das nicht nur zur Abgrenzung richterlichen Prüfungsrechts gegenüber den Ausnahmeverordnungen des R.P. Stellung nimmt, sondern vielmehr auch die Ungültigkeit der Verordnung des R.P. vom 4. 12. 1924 ausspricht.[9] Mit Recht stellt der RFH. fest, daß er in eine Prüfung eintreten könne „inwieweit die Bestimmungen, deren Anwendung von ihm verlangt wird, bindende Rechtsnormen darstellen“, ebenso auch, unter Berufung auf Goerres[10] und Salinger,[11] daß er bei Anordnungen, die auf Grund einer Ermächtigung getroffen sind, prüfen darf, ob die durch die ermächtigende Norm gezogenen Schranken gewahrt sind; man denkt hier zunächst an die durch die ausdrückliche Erklärung der Suspendierbarkeit von 7 Grundrechten errichteten Schranken im Sinne der herrschenden Lehre. Auch folgt man dem RFH., wenn er in Anlehnung an die Praxis des Reichsgerichts und der herrschenden Lehre sich von dem Zweifel löst, „ob nicht der Richter die Rechtswirksamkeit von Anordnungen, welche sich auf Art. 48 RV. stützen, nur dann anzuerkennen berechtigt wäre, wenn er die Voraussetzungen, an welche Art 48 die Verordnungsbefugnis bindet, nämlich eine erhebliche Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

6) Goslich, ebenda, S. 1189.
7) RGStr. 57, 384.
8) JW. 1925, S. 848.
9) RFH. 15, S. 163; vgl. dazu 17, S. 20, hier wird auf das vorliegende Urteil zurückgegriffen.
10) Goerres, in JW. 1924, S. 1564.
11) Salinger, im Recht 1924, S. 351.

im Deutschen Reiche, als vorhanden anerkennen kann." Der RFH. schreitet aber darüber hinaus zu einer Prüfung, inwieweit die Verordnungsbefugnis des R.P. durch die Reichsgesetzgebung diesem entzogen ist und geht damit zu weit. Ganz abgesehen davon, daß Neuwiem[12] in überzeugender Weise zu einem dem RFH. entgegengesetzten Ergebnis kommt, indem er die Gültigkeit der herangezogenen Verordnung bejaht, auch hinsichtlich des Prüfungsrechts muß dieses Vorgehen des RFH. abgelehnt werden. Denn grundsätzlich gilt doch die Ausschließlichkeit der politischen Kontrolle; wenn trotz der durch die politische Kontrolle geschaffenen mehrfachen Rücksicherungen, wie durch Gegenzeichnung, Ministerverantwortlichkeit, Kenntnisnahme durch den Reichstag ein Prüfungsrecht hinsichtlich der speziellen, sichtbaren Verfassungsschranken gegeben ist, so entspricht dies auch dem praktischen Bedürfnis. Die Auffassung des RFH. ist im vorliegenden Falle unrichtig. Eigenartigerweise vermag ja dieser „Torso"-Diktaturartikel, der immer noch des seine Macht wahrscheinlich einschränkenden Vollendungsgesetzes (Art. 48, V) harrt und bis dahin sehr machtvoll zu wirken imstande ist, dieses Schlußgesetz auf dem Wege einfacher Gesetzgebung zu erhalten. Der RFH. sieht nun wohl in einem der Ermächtigungsgesetze dieses Schlußgesetz oder zum mindesten ein diesem Schlußgesetz ähnliches Gebilde, meint, hier sei der RP. in seiner Verordnungsbefugnis ausdrücklich durch Reichsgesetz ausgeschaltet, und sucht Zuständigkeiten für Verordnungs- und Gesetzgebungsbefugnisse klarzulegen, alles offenbar unter dem Einfluß gewisser Lehren, die sich nicht zu halten vermochten. Man sieht aber, zu welchen Konsequenzen dies führt. Es ist bereits mehrfach vor übereilter Fertigstellung des erwähnten Schlußgesetzes gewarnt worden, so besonders von Thoma, da man gerade auf diesem Gebiete innerpolitischen Kämpfen entgegensehen muß. Im Hinblick auf solche Folgerungen aber, wie sie der RFH. zog, scheint eine nicht allzu weit hinausgeschobene endgültige Regelung dieser Frage durch Gesetz, am besten die gleichzeitige Einschaltung einer Kontrollinstanz für ein détournement de pouvoir des R.P., wünschenswert.

Auch den Vorbehalt eines Prüfungsrechts bei Akten offenbarer Willkür hat das Reichsgericht bejaht, so bei Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Verhängung des Kriegszustandes nach Art 68 der alten RV. durch den R.P., in einem in mancherlei Hinsicht wichtigen Urteil vom 8. Januar 1924.[13] Es sei hier noch kurz auf den

12) Neuwiem, in JW. 1925, 850.
13) RGZ. 107, 396.

Satz eingegangen, aus dem ersichtlich ist, daß das Reichsgericht in eine Prüfung der Ermessensbildung eingetreten ist: „Eine derartige Behauptung, für die es an jeglichem Anhalt fehlen würde, ist nicht aufgestellt worden.“ D. h. m. a. W.: Grundsätzlich haben wir kein Prüfungsrecht hinsichtlich der Voraussetzungen, gleichgültig in welcher Richtung die Ermessensbildung nicht in Ordnung gewesen ist; wird aber behauptet, der R.P. habe sein Ermessen willkürlich schalten lassen, so können wir ruhig nachprüfen. Und gleichzeitig wird in eine Prüfung eingetreten: sie steckt in dem Relativsatz, der durch die Feststellung, daß eine solche Behauptung nicht aufgestellt sei, umschlossen ist. Praktisch wird, wie oben schon angedeutet, ein solcher Fall „offenbar Willkür“ selten sein und ist bisher, soweit bekannt, durch richterliche Nachprüfung auch noch nicht festgestellt worden. Nimmt ein Gericht aber dieses Recht für sich in Anspruch, so geht es damit entschieden zu weit. Schon aus rein rechtspolitischen Erwägungen muß hier eine Grenze gezogen, ein Halt geboten werden! Es liegt eben im Wesen der Ermessungsbildung, daß ihr innerer Werdegang nach außen nicht in Erscheinung tritt und einer Untersuchung daher entzogen ist. Wo hört das „pflichtgemäße Ermessen“ auf und wo beginnt die „Willkür“? Tritt der Richter in eine Nachprüfung dieser Frage ein, so setzt er sein Ermessen an Stelle desjenigen des R.P. Es ist oben schon von Gewaltentrennung und Gewaltenhemmung die Rede gewesen: hier liegt ein Punkt, wo eine harte Grenzlinie zu ziehen ist. Es bleibt bei der getroffenen Feststellung, daß, solange ausdrückliche Bestimmungen fehlen, die Ausschließlichkeit der politischen Kontrolle die Nachprüfung der Ermessensbildung vollständig den Gerichten entzieht.

Aus der Unmenge von Streitfragen, die sich aus der Regelung der Diktaturgewalt in Art. 48 RV. und seinem Verhältnis zu den übrigen Verfassungsbestimmungen ergeben, geht die Gefahr einer Rechtsunsicherheit deutlich hervor. Es steht fast zu fürchten, daß die Anspannung richterlichen Prüfungsrechts hier häufig als letztes und wirksamstes Angriffs- oder Verteidigungsmittel benutzt werden könnte. Doch auch das richterliche Prüfungsrecht ist bestritten, die Grenzen sind flüssig. So hat schon der Abgeordnete Ablaß im 8. Verfassungsausschuß[14] den Eventualantrag zu Art. 108 RV. gestellt: „Die Verfassungsmäßigkeit der Reichsgesetze und Verordnungen ist dem richterlichen Prüfungsrecht entzogen. Wenn 100 Mitglieder des Reichstages es beantragen, ist der Staatsgerichtshof dazu be-

14) Bericht u. Prot. des 8. Ausschusses über den Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reiches, Berlin 1920, S. 483.

rufen, die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze und die Uebereinstimmung von Verwaltungsakten mit den Grundsätzen der Verfassung zu prüfen. Die Entscheidung des Staatsgerichtshofs ist bindend." Doch mußte Ablaß diesen Antrag wieder zurückziehen. Ein ähnliches Bild ergab sich später bei Beratung des Gesetzentwurfes über die Einrichtung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich; man einigte sich nicht, und die Frage blieb unerledigt.[15] Im Jahre 1924 beschäftigte sich gelegentlich der Frage: „Wie ist das im Art. 48 Abs. 5 RV. vorgesehene Reichsgesetz über den Ausnahmezustand zu gestalten?" auch der Heidelberger Juristentag mit diesem Problem.[16] Dort hatte ich Gelegenheit, die im Rahmen des gesamten Fragenkomplexes auch für die vorliegende Untersuchung sehr wesentlichen Darlegungen der Berichterstatter Piloty und Grau zu verfolgen:[17] Sämtliche Diktaturmaßnahmen sollten der Rechtskontrolle durch einen Verwaltungsrechtssenat, der im Reichsgericht in besonderer Zusammensetzung zu bilden und dessen Verfahren der besonderen Aufgabe anzupassen sei, unterworfen werden. Das Klagerecht sei jedem zu gewähren, der geltend mache, durch eine Diktaturmaßnahme rechtswirksam beeinträchtigt worden zu sein. Ferner würde die Rechtsprechung über die Rechtsgültigkeit gesetzgebungsmäßiger Diktaturmaßnahmen ausschließlich dem Reichsstaatsgerichtshof zuzuteilen sein. Sämtliche Gerichte, einschließlich der Verwaltungsgerichte, vor denen die Rechtsgültigkeit einer solchen Diktaturanordnung streitig werde, seien zu verpflichten, den alle Gerichte bindenden Vorentscheid des Reichsstaatsgerichtshofs über die Rechtsgültigkeit der Anordnungen einzuholen. Endlich sollten die dem Ermessen Spielraum lassenden Rechtsbegrifffe der Diktatur, wie z. B. „erhebliche Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung", „nötige" Maßnahmen, von richterlicher Nachprüfung ausgeschlossen werden, soweit es sich nicht um die Frage handele, ob eine zur Erreichung des Diktaturzwecks absolut ungeeignete Maßnahme vorliege. Zur weiteren politischen Kontrolle über die Diktatur seien für die Zeit zwischen zwei Legislaturperioden und nach der Auflösung des Reichstags bis zum Wiederzusammentreten dem ständigen Ausschuß des Reichstags die Befugnisse des Reichstags einzuräumen. Eine weitere Sicherung sollte dadurch geschaffen werden, daß sämtliche im Dienste der Diktatur tätigen Beamten auch hinsichtlich ihrer Diktaturtätigkeit dem für sie zuständigen Disziplinar-

15) Aktenstücke zu den Verhandlungen des Reichstags, Berlin 1920/21, Nr. 1592.
16) Vgl. Heinitz, Der 33. deutsche Juristentag in Heidelberg, in JW. 1924, S. 1802 ff.
17) Mitgeteilt von Heinitz, ebenda, S. 1804, II.

verfahren zu unterwerfen und andere im Diktaturdienst verwendete Personen der Reichsdisziplinargewalt zu unterstellen seien. Schließlich sollte auch noch eine Entschädigungspflicht festgestellt und eine Kostenregelung getroffen werden. Wie Grau noch besonders betont,[18] empfiehlt sich aus praktischen Gründen die Trennung der Kontrolle über Verwaltungsmaßnahmen von der Kontrolle über die Diktaturverordnung. Die ersteren sollen vor einen im Reichsgericht aus Reichsgerichtsräten und Verwaltungspraktikern zu bildenden Verwaltungssenat gebracht werden, die Diktaturverordnungen zu einem Vorentscheidsverfahren vor den Reichsstaatsgerichtshof. Zweck und Ziel dieser Vorschläge ist: Vereinheitlichung und Bildung einer echten Kontrolle. Es würde zu weit führen und über den Rahmen der vorliegenden Erörterungen hinausgehen, im einzelnen zu diesen Vorschlägen Stellung zu nehmen. In Heidelberg wurden seinerzeit diese Vorschläge im Gesamtrahmen der Darlegungen der Berichterstatter Piloty und Grau als „mögliche Lösung des politisch schwierigen Problems“ und als „„geeignete Grundlage“ für die Gestaltung des Reichstages über den Ausnahmezustand bezeichnet.

Der weitergehende Külz'sche Gesetzentwurf über die Prüfung von Vorschriften des Reichsrechts[19] scheint jedenfalls maßgeblich auf diesen Darlegungen zu fußen, zum mindesten von ihnen stark beeinflußt zu sein. Allerdings ist zu beachten daß hier eine andere Zuständigkeitsverteilung vorgesehen und das Antragsrecht auf Nachprüfung gegenüber den Heidelberger Vorschlägen eingeengt ist.

Ich sagte oben, daß aus der Unmenge von Streitfragen, die sich aus der Regelung der Diktaturgewalt in Art. 48 RV. und seinem Verhältnis zu den übrigen Verfassungsbestimungen ergeben, die Gefahr einer Rechtsunsicherheit deutlich hervorgeht. Auch die Frage: Sind die Gerichte nachzuprüfen befugt? ist ein hart umstrittenes Gebiet. Es ist erfreulich, daß wir auf dem Wege sind, diese beiden in sich zerrissenen, streitenden Teile in eine geordnete Form zu bannen. Die Regelung in Oesterreich, das seinen eigenen Verfassungsgerichtshof hat, mag als Vorbild dienen.

Inwieweit die Gerichte bis dahin befugt sind, Maßnahmen des R.P. auf Grund des Art. 48 der RV., insbesondere Verordnungen nachzuprüfen, sei noch einmal zusammengefaßt:

---

18) Grau, in JW. 1924, S. 1811, II.
19) Külz, in DJZ., 1926, S. 837 ff., 842 ff., vgl. Hecking, S. 64 ff

Das Prüfungsrecht erstreckt sich nicht auf die tatsächlichen Voraussetzungen, die Notwendigkeit der Maßnahmen und die Zweckmäßigkeit. Befugt sind die Gerichte, nachzuprüfen, ob sich die Ausnahmeverordnung im Rahmen der verfassungsmäßigen Schranken hält und ob die formellen Voraussetzungen, soweit sie erforderlich, eingehalten sind.

Lebenslauf.

Ich bin am 21. Februar 1904 in Lyck/Ostpr. als Sohn des damaligen Regierungsassessors Albrecht Suckow und seiner Ehefrau, Olga, Tochter des Geheimen Justizrats Rhode in Allenstein, geboren und evangelischen Bekenntnisses. Meine erste Schulausbildung erhielt ich in Posen, wohin mein Vater 1905 als Regierungsrat an die Ansiedlungskommission versetzt worden war. Am 24. Oktober 1914 fiel mein Vater als Kompagnieführer in Russisch-Polen. Nach wechselvollem Aufenthalt in Zoppot, Breslau, Allenstein, zog meine Mutter 1917 mit ihren beiden Söhnen wieder nach Posen. Hier bestand ich am 10. 1. 1923 am deutschen Privatgymnasium, das nach Uebernahme des letzten staatlichen deutschen Gymnasium durch die Polen, gegründet war, die Reifeprüfung. Meinen rechts- und staatswissenschaftlichen Studien lag ich seit Sommer 1923 zunächst 4 Semester an der Universität Heidelberg, sodann 4 Semester an der Universität Breslau ob. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 17. 12. 1927 vor der Prüfungskommission des Oberlandesgerichts zu Breslau. Ich wurde dann unter dem 20. Februar 1928 zum Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Königsberg/Pr. ernannt und zur Ausbildung zunächst nach Breslau überwiesen, wo ich am 1. März vereidigt wurde. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 6. Februar 1928.